EL CÓDIGO PENAL

CONCORDADO Y COMENTADO

POR

DON JOAQUIN FRANCISCO PACHECO,

DE LA ACADEMIA ESPAÑOLA,

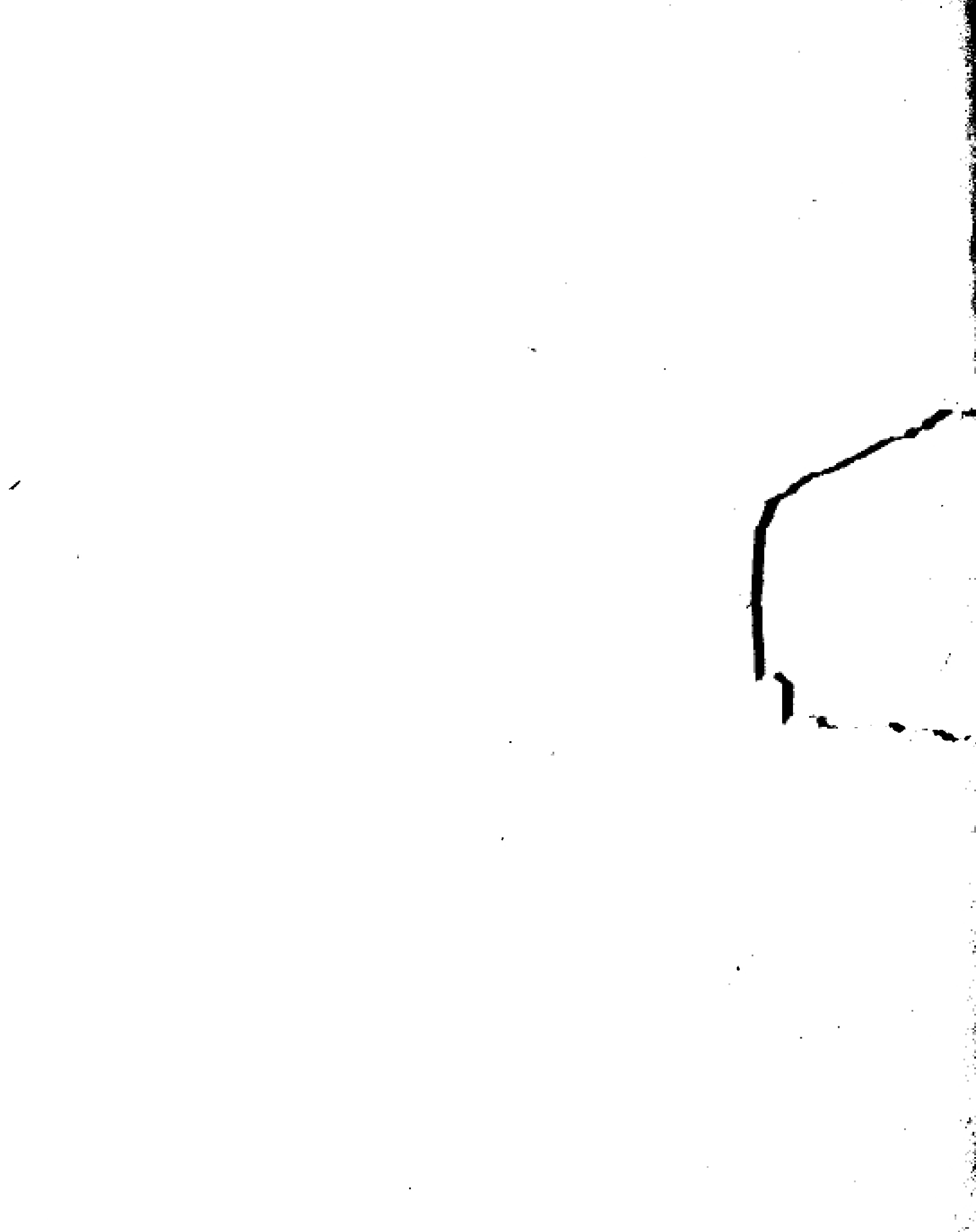
FISCAL QUE FUÉ DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

QUINTA EDICION

CORREGIDA Y AUMENTADA.

TOMO I.

MADRID.
IMPRENTA Y FUNDICION DE MANUEL TELLO,
IMPRESOR DE CÁMARA DE S. M.
Isabel la Católica, 23.
1881.



ADVERTENCIA.

[1] Agotada de todo punto la edicion que publicamos en 1848 y 1849, inmediatamente despues de la primitiva promulgacion del Código, es un deber nuestro repetirla, correspondiendo así al aprecio que merecimos al público, y á la distincion con que nos ha honrado el Gobierno de S. M. declarando *de texto* la presente obra.

Esta edicion se diferencia de la precedente: 1.° en que nos ajustamos para ella á la reforma del mismo Código, verificada en 1850, emitiendo nuestro parecer sobre la propia reforma y cada cual de los puntos que contuvo; 2.° en que tambien nos hacemos cargo de una opinion y un documento tan importante como lo es el Informe del Colegio de Abogados de Madrid, de 29 de Noviembre de 1852, cuyo mérito y autoridad no necesitan encarecerse; y 3.°, en que, aparte de estas novedades, que el tiempo y los sucesos han traido consigo, hemos procurado mejorar en lo posi-

(1) Estó decia el autor al hacer la segunda edicion en 22 de Marzo de 1856.

ble nuestro primer trabajo, ora en los mismos pensamientos, ora en su forma y expresion.

Es, pues, la obra que publicamos hoy, si no un libro nuevo, distinto de nuestra edicion primera, por lo menos un libro muy mejorado, y que creemos sinceramente más digno del objeto á que se consagra, y de las personas que hubieren de consultarle.—Si no hemos hecho más, culpa es de nuestra inteligencia, y de ningun modo falta de nuestro deséo.

INTRODUCCION.

No hay ley alguna en la historia del género humano que pueda disputar á la ley penal la preferencia en el órden cronológico: no hay ley alguna que aparezca primero que esa ley, desde el nacimiento mismo, desde el primer albor de las sociedades.

Consultemos, si no, á la razon pura; preguntemos á la inteligencia, que es la norma y el principio en estas investigaciones filosóficas. La razon y la inteligencia nos responderán que todavía no se han formulado la propiedad ni su derecho, primera ocasion, cuando no primer orígen, de la ley civil:—que todavía no se ha recorrido la época del patriarcado, situacion anterior á toda ley política:—y que ya concebimos desde aquellos momentos la lesion de los bienes y derechos personales, la injuria corporal, la asechanza contra el libre ejercicio de nuestras acciones, el crímen, en fin, en su aspecto primitivo y feroz; y por consiguiente, las ideas de represion, de expiacion, de castigo, bases de toda ley penal, que son sus naturales é imprescindibles resultados.

Tomemos, si se quiere, otro camino diverso, y consultemos á otra distinta autoridad. En vez de preguntarlo á la razon, demandémoslo á los antiquísimos anales del mundo. Abramos el libro donde los consignó la inspiracion divina. Ellos nos confirmarán en la misma idéa, y justificarán la propia observacion que la inteligencia nos habia presentado. En la época misteriosa que precede allí á la poblacion del orbe, un crímen y su castigo constituyen toda la historia de nuestros primeros padres. Arrojados estos en seguida sobre la haz de la tier-

ra, aún no son más que tres hombres los que por ella vagan, aún se encuentran todos ligados con estrechísimos vínculos, animados del íntimo sentimiento de paternidad y de hermandad; y ved aquí que uno de los tres se hace reo de homicidio, y descubre á la naturaleza asombrada el hasta entónces desconocido espectáculo de la muerte.

Todos los fundamentos, pues, de nuestra credibilidad, así la reflexion como la historia, así la tradicion como el interior convencimiento, todos nos dan por resultado lo que hemos escrito á la cabeza de este Discurso: la ley penal es cronológicamente la primitiva entre las leyes humanas.

Ni podia ser de otro modo. La libertad, innata en el hombre, traia como forzosa ilacion el posible quebrantamiento de las reglas naturales que le rigen: el quebrantamiento de esas reglas era moralmente el delito; desgraciada, pero inevitable consecuencia de aquella libertad. No era menester que transcurriese tiempo, que se desenvolvieran las costumbres, que progresaran y tomaran vuelo los institutos sociales, para que él ostentase en el mundo su fatal presencia: reato necesario de la grandeza y la miseria que nos cupieron en suerte, habia de aparecer con el hombre desde su propio orígen, y de seguirle por do quiera, como si fuese su sombra. El mal moral, la culpa, el delito, es uno de los misterios de la creacion: existió desde que fué nacida nuestra especie, y durará sin extinguirse lo que nuestra especie durare. Apareciendo, hubo de producir sin intermision alguna, la idéa del castigo, con todas las que le son accesorias; y estas idéas engendraron inmediatamente la de la ley penal, manifestacion y aplicacion de la justicia divina á los males sociales y en los acontecimientos del mundo.

Reflejos débiles, trasuntos lejanos de esa suprema justicia, el poder de los patriarcas, primero; el poder de los soberanos y de las naciones, despues, declararon los delitos, y señalaron las penas que habian de imponérseles. Esta fué, de seguro, la primera obra de su autoridad. No encontraréis ni en la historia antigua ni en la moderna, ni en el fondo de la Escitia, ni en las islas más remotas de la Australia, sociedad alguna, por primitiva y salvage que se le suponga, en la que se carezca de leyes penales. Donde quiera se conoce y se distingue el delito: donde quiera se castiga á sus perpetradores, á los culpados en él.

Ni es ciertamente menor la importancia de estas leyes á que

vamos aludiendo, que lo son la antigüedad y la universalidad de las mismas. Si en el órden cronológico las hemos llamado las primeras entre las leyes humanas; en el órden del interés social, de la dignidad de nuestra especie, de la alteza de su objeto, del cumplimiento y realizacion de la justicia absoluta, no debemos, no podemos rebajarlas un ápice de esa distinguida y elevada situacion.

Por el fin á que se dirige, nada hay más necesario que la justicia criminal. Suprimidla y las sociedades se convierten en un cáos. Todos los derechos, aun la propia existencia del hombre, quedan abandonados y sin garantías. Dios no existe para semejantes pueblos.

Por el objeto sobre que recae, nada hay más digno, nada hay más eminente que aquella: nada demanda mayor reflexion, mayor consideracion en su ejercicio. No son los bienes temporales que poseemos, sino nosotros propios, nuestra libertad y nuestro ser, la materia en que se hace sentir esa autoridad durísima. Sus extravíos son irreparables: sangre, lágrimas, miseria y orfandad, son el acompañamiento de sus aciertos dolorosos y de sus más dolorosos errores.

En fin, por su naturaleza y su carácter propios, ella es ó debe ser la más directa aplicacion de la justicia divina. No hay aquí lo convencional del órden político, lo indiferente del órden civil. El juez que interroga, que condena ó que absuelve al acusado, es la más propia imágen sobre la tierra del supremo Autor y del terrible Juez del universo. Su autoridad, ó un destello de su autoridad, es aquí la que el hombre ejerce: su fallo y su juicio ó una palabra de su fallo y de su juicio, son los que éste pronuncia ó debe pronunciar en sus sentencias.

Y sin embargo de cuanto acabamos de decir, esa ley penal tan antigua, esa ley penal de tanto interés, ha sido la última entre todas las leyes, á la cual se han aplicado los grandes progresos de nuestra inteligencia, la última en que se han ocupado los buenos estudios, la última, en fin, acerca de la cual se han formulado teorías dignas de este nombre. La ciencia de las leyes políticas y de las leyes civiles traen su principio desde la filosofía griega, orígen de nuestra civilizacion: la ciencia de las leyes criminales no se remonta más allá del siglo décimo octavo. Bien puede decirse que nuestros padres la han hecho, y que la hemos visto nacer nosotros propios.

Es verdad, ciertamente, que la ley penal no ha aparecido en

sus primeros tiempos, ni aun durante una larga série de siglos y generaciones, como la concebimos, como la aprobamos, como la formulamos en el dia. Es verdad que ninguna otra ley ha permanecido tanto en lo que podemos llamar su estado de infancia. Es verdad que ninguna ha variado tan profunda y frecuentemente como ésta. Es verdad que no hay ninguna que sea por su índole propia, tan progresiva y tan perceptible.

No es así, de seguro, la ley civil. En los objetos que á ella corresponden, en los medios de que se vale, si no puede decirse que el género humano es estacionario del todo, bien se debe afirmar que marcha con pausa, que varía rara vez, que es por largos siglos constante y permanente. La constitucion de la familia y la ordenacion de la propiedad, nada ó apenas nada han variado durante el curso de nuestra historia. En vano han combatido los tiempos contra esa muralla de pórfido: sólo le han arrancado fragmentos imperceptibles, cuya falta no compromete en lo más mínimo su seguridad, ni su firmeza.

Así no puede extrañarse que la ley haya sido, y sea constantemente una misma, en este círculo de que ahora hablamos. Luego que fué encontrada, existió ya, para no trastornarse en sus fundamentos. No hay que buscar otros: no hay que darse en esta materia á la invencion. El derecho de Roma es el derecho de los pueblos modernos, y las sentencias de Ulpiano y de Palo son los dogmas de nuestro foro. Vanamente han transcurrido trece centurias, y un sinnúmero de revoluciones, desde que la Instituta de Justiniano salió á luz como epítome y compendio de tal justicia: despues de esas revoluciones y de esos siglos, compendio y epítome de semejante justicia es, y nada nuevo ha podido escribirse que la desaloje del preeminente lugar en que la colocaran sus entendidos contemporáneos.

La legislacion política tiene á la verdad otro y distinto carácter. En ella no es posible la permanencia que acabamos de señalar como atributo de la precedente: graves modificaciones, cambios radicales, trastornos de capital importancia, son en esta esfera comunes acontecimientos. Agítanse los pueblos, modifícanse y se trastornan las clases sociales; y es necesario que tal agitacion se refleje en los gobiernos respectivos. La democracia, la aristocracia, la monarquía, los sistemas mixtos ó templados, se suceden en el mundo con más ó ménos rapidez. Aun sin variar muchas veces el nombre ni la totalidad de la forma, se realizan hechos interiores, que conmueven y afec-

tan á la naturaleza de los gobiernos. Corremos en fin incesantemente, corre la humanidad todo el ámbito de un inmenso círculo, cuya circunferencia va tocando por medio de figuras inscritas, ora sencillas y claras, ora confusas y extravagantes.

Pero aquí ha sucedido otra cosa, que no es ménos digna de observacion. La inteligencia humana se dedicó muy desde los principios al exámen de esta ley política; y desde muy luego sorprendió tambien todos sus secretos, y redujo á teorías todas sus posibilidades. En el primer período de nuestra civilizacion y nuestra historia, en el mismo período griego, tenemos ya practicados y explicados cuantos linages de gobernacion habian de producir despues todas las revoluciones de los siglos. Esparta, Atenas y Cartago son los modelos perdurables de lo que ha de hacerse por donde quiera, siempre que se cansen los pueblos de sufrir la pura monarquía.—¡Tánto era necesario que nada faltase en aquel período, y que apareciese de una vez toda la doctrina social, que hasta los delirios del comunismo tienen su primer palabra en el divino Platon!

De manera, que aun cuando la legislacion política ha cambiado frecuentemente, bien hemos podido decir que se agitaba dentro de ese círculo, sin hacer otra cosa que inscribirse en su circunferencia. Ha sido varia, mas bien que progresiva, en el bueno y filosófico sentido de estas expresiones.

La constantemente progresiva, la constantemente perfectible, pero perfectible y progresiva sobre todo en estos siglos que ahora atravesamos, es la legislacion á que se consagra la presente obra: la legislacion, el derecho penal. Si el gérmen de este derecho precedió á todo otro gérmen análogo; si su aparicion fué la primera entre tales apariciones, tambien su marcha ha sido contínua, y su desarrollo y sus adelantos son un hecho distintivo de la moderna civilizacion.

En el principio, en el fundamento de las leyes penales, en el *factum* de la propia penalidad, sintética y supremamente considerada, hay, no sólo semejanza, sino cuanta identidad es posible, entre idéas ahora claras, entónces confusas, por todo el curso de nuestra historia. La base del crímen y la del castigo son esencialmente unas mismas, durante la larga sucesion de seis mil años. Nociones ingénitas de la mente humana, necesidades imprescindibles de nuestro ser, condiciones necesarias de la sociedad, han permanecido invariables, como nuestra mente,

como nuestro ser, como la existencia de esa sociedad propia.

Pero cuando se consideran mas de cerca ese crímen y ese castigo; cuando se fija la vista en sus detalles y pormenores; cuando se quiere comparar á estos entre sí, tomándolos de distintas épocas, nada hay ménos igual, ménos parecido que los unos á los otros. La ley penal se ha renovado, se renueva, y no puede dejar de renovarse contínuamente en sus formas y preceptos; lo que dispuso en las pasadas edades no es lo que dispone en el dia, ni lo que dispondrá en las edades venideras. Declaró delitos que ahora no lo son, y prescindió de otros, á los que tenemos ó tendrán nuestros hijos como tales: empleó castigos que no podrian emplearse actualmente, y no acudió ni echó mano de aquellos que nos parecen á nosotros más propios, más útiles, más legítimos. Es, en una palabra, un incesante movimiento lo que constituye la historia, y, por decirlo así, la ley de esta ley. Solo que aquí, á diferencia de lo que sucede en la política, no nos hemos agitado dentro del círculo, ni marchado por figuras inscritas en su circunferencia, sin alcanzar á traspasarla. El horizonte ha sido libre, el camino franco y abierto; y si alguna vez se ha recaido en puntos andados y justamente abandonados, muy en breve ha podido volverse á seguir la conveniente marcha, con progreso verdadero y real, dirigiéndonos á otros espacios á donde nos llevan las nuevas necesidades, y que ilumina más cada momento la brillante luz de la razon.

Detengámonos todavía en este punto, y conozcamos aún mejor en qué consisten, y de qué proceden esas variaciones analíticas y esa unidad sintética de la ley penal.

Hemos dicho ya que el delito, en sus nociones fundamentales, ha sido y es siempre uno. El delito, en efecto, es el mal, en cuanto accion humana; y la índole del mal, las idéas que le constituyen, ni han dejado de ser en toda ocasion unas propias, ni podrán dejar de serlo, mientras no cambie nuestra naturaleza. El delito es la desobediencia á los preceptos de la ley. El delito es la damnificacion de los derechos humanos. El delito es la conculcacion de las cosas santas. Todo esto forma y realiza el mal: todo esto se concibe y se comprende en su idéa: todo esto ha aparecido y aparecerá como vituperable, como condenable, como punible, en el ánimo y en la conciencia de los hombres; en tanto que los hombres tengan conciencia y tengan razon.

Pero si las nociones fundamentales que acabamos de exponer permanecen en todo tiempo unas y las mismas; sus formas, su extension, su aplicacion, cuanto es transitorio y accidental en ellas, cambia, se modifica y se torna con el eterno giro de las sociedades y de los pensamientos humanos. El *mal* es uno, uno siempre; pero los *males* varían, segun las épocas, y los pueblos, y las doctrinas, y las costumbres. Sucédenos aquí lo que tambien sucede en otros análogos y concordantes fenómenos del mundo moral. El deber es uno; pero los deberes son diversos, con arreglo á las edades y á las naciones. El derecho es uno; pero los derechos se aumentan, se disminuyen, se truecan y modifican segun la civilizacion. Lo santo es uno; pero no en todas partes está concebida ni aplicada su idea de la misma suerte, nó en todas partes alcanza la santidad á los propios objetos.

Así, la base suprema, como decíamos ántes, el orígen racional, el fundamento primitivo del delito, más ó ménos distintamente percibidos y explicados, son tan inmutables, tan eternos, como la razon: la parte aplicativa y el hecho material del delito propio son tan poco constantes, tan modificables, tan sujetos á variacion y tránsito, como los inmensos accidentes que caracterizan á las sociedades humanas. Cuanto concurre en estas para hacerlas movibles, los intereses y las ideas, las necesidades y las doctrinas, otro tanto concurre en aquel para dar á sus formas una idéntica movilidad.

Esto por lo que hace á las acciones que son objeto de las penas. Pero lo mismo que con ellas sucede, bajo este punto de vista en que las hemos considerado, sucede tambien con los castigos, con las penas propias. Iguales circunstancias existen en su nocion y en sus accidentes. Su idéa primitiva es del mismo modo una é idéntico á sí; su aplicacion y su realizacion han dado lugar á los propios cambios que en los delitos acaban de señalarse.

Discurriendo primitiva y fundamentalmente, remontándonos á la idéa esencial de la pena ó del castigo, no encontraremos en ella otra cosa, sino la nocion de un mal que se ha de imponer á los culpados, en expiacion y como consecuencia de aquel otro, llamado crímen, por el que conturbaron la sociedad y dañaron á sus semejantes. Esa reaccion que pide el instinto, que aprueba la conciencia, que justifica la razon desapasionada, esa es la que ha constituido, y constituye, y ha de cons-

tituir, mientras el mundo existiere, el eterno, indestructible principio de la penalidad. En el mal para el delincuente consiste la esencia del castigo; como en el mal, conocido y voluntario, hecho al inocente y á la sociedad entera, consiste la esencia del crímen. Así, la *materia penal*, los elementos de este género de justicia, son el catálogo de los males de que dispone el legislador, como sancion de sus preceptos, designándolos al juez para que los aplique en cada caso á los infractores de la ley.

Mas esa lista no es eterna y siempre la propia: ese catálogo no puede ménos de ser variable, de ser rectificable al infinito. Cada estado de la sociedad, cada paso en el desarrollo de su civilizacion, cada alto en la marcha ó progresiva ó retrógrada de las idéas, suministran una porcion de males diferentes, ó cambian y trastornan el valor, ya absoluto, ya relativo, de los que hasta entónces se conocieran y apreciaran. El arsenal, pues, de las penas está sujeto á ese flujo y reflujo de las necesidades y de las opiniones. Lo que en otro tiempo importara un gran mal, puede ser en el dia un mal pequeño: lo que en otro tiempo se estimara levísimo castigo, puede ser en el dia pena de gravedad intolerable. Aun aquello que de ninguna suerte debió ocurrir á los antiguos legisladores como elemento de sancion criminal, porque no era mirado contemporáneamente como mal efectivo, tal vez lo será y se ofrecerá en primera línea á legisladores de épocas diversas.

Véase, pues, cómo la movilidad de la forma en las penas no es ménos grande ni ménos notoria que la movilidad de la forma en los delitos. Véase tambien, sin necesidad de grandes cavilaciones, que no ha de ser ménos fecunda. Si bastaba con una de ellas para el incesante movimiento en que hemos hecho consistir la historia de la ley penal, mucho más autorizados estarémos ahora para hacerlo, despues de la observacion de esa doble causa y del análisis de ese doble y concordante principio.

Mas á pesar de todos estos motivos, que podemos llamar naturales é internos, deseamos que no se pierda de vista aquel otro que anteriormente hemos indicado. Siempre insistirémos en él, señalándole por una de las primeras causas de esta perdurable variacion. La inteligencia humana, que estudió tan perfectamente todo lo relativo á la ley política y á la ley civil, dejó (ya lo hemos dicho) abandonada la penal á los oscuros é instintivos esfuerzos de legisladores ó apasionados ó ignoran-

tes. Faltó aquí el torrente de luz que iluminara á aquellas otras leyes: faltó el espíritu de sistema y de ciencia, que en aquellas otras se habia ensayado. Completamente ciega la antigüedad acerca de la naturaleza del mal y de su orígen, misterio que no podía declararle su filosofía pagana, no comprendió la verdadera índole del delito ni la de la pena, y no sintió, como era consiguiente, la gravedad y la importancia de las teorías que lo regulasen.

El instinto sólo, y cuando más esas escasas derivaciones de la ley política, fueron, pues, en los primitivos tiempos los únicos fundamentos de la penal. Ninguna coordinacion, ninguna reflexion, ningun espíritu de proporcion ni de concordancia presidieron á su obra. Si la razon ilustrada que hoy nos dirije en estos estudios, encuentra y señala á las veces acierto en aquellas leyes criminales, si justifica con sus meditadas y científicas consideraciones lo que el mero instinto inspiró á nuestros antepasados; consiste únicamente en que el instinto es por lo comun una insigne guia, siempre que no se haya extraviado por pasiones de mal género; y en que los que siguen sus inspiraciones suelen acertar en muchos casos, aun sin saber por qué aciertan, y sin tener la conciencia de lo que hacen. Son empíricos, que administran medicamentos útiles, y que curan graves enfermedades, careciendo de toda idea de medicina. Son oradores salvajes, que conmueven, careciendo de toda idéa sobre los afectos humanos. Es la naturaleza, y no la ciencia, quien ha hecho su obra.

Tal fué la ley penal: tal y de semejante índole la encontramos, cuando queremos considerarla en los momentos de su aparicion, y aun en muy largos períodos de su historia. Entre lo que era entonces, y lo que es y debe ser en el dia, apénas hay otros puntos de semejanza que esas bases capitales, nociones ingénitas del crímen abstracto y de la pena en general, cuyo carácter no admite variacion en tanto que dure nuestra especie. Pero por lo demás, comparando lo de entónces con lo de ahora, los crímenes son ordinariamente distintos, y las penas diferentes, cuanto es posible que unos y otros lo sean, en el estrecho círculo de las acciones humanas que producen el mal, y de los males de que puede disponer el legislador. Y en cuanto á la parte científica, á la ordenacion de un sistema filosófico, á la proporcion y medida de los unos con los otros males, ya de los crímenes con los castigos, ya

de estos entre sí propios; no busqueis nada de eso, porque sería un trabajo tan ímprobo como inútil. Ya hemos dicho que el instinto solo de ordinario, que algunas veces la pasion, que otras las extravagantes doctrinas de una desatinada moralidad, que otras, por último, consideraciones deducidas de la organizacion política de aquellos estados, son los únicos gérmenes y los exclusivos principios de las leyes penales. No hay ciencia de este derecho: no hay teoría que merezca tal nombre para él.

Completamente agenos á toda pretension de que se nos crea sobre nuestra palabra, debemos justificar aquí con hechos irreparables estas últimas observaciones que acabamos de consignar. Todo lo relativo á la natural mudanza de los delitos y de las penas, son, por sí mismo, idéas notorias, que basta simplemente con exponer, para que el ánimo no pueda ménos de concebirlas y aceptarlas. Mas lo que decimos sobre el atraso y el descuido de la misma ciencia, quizá parecerá á algunos exagerado cuando no dudoso: la fama filosófica de Aténas, la supremacía legislativa del pueblo romano, son datos vulgares, que parecen no avenirse bien con esa inferioridad que en esta esfera les atribuimos. Y sin embargo, á Aténas y á Roma nos referimos nosotros; y á esas por siempre célebres repúblicas hemos tenido presentes en los juicios que acaban de estamparse. No tendrémos que dirigirnos á sociedades salvajes para justificarlos: Aténas y Roma, los pueblos ordenados por Solon y por las Doce Tablas nos suministrarán los medios de hacerlo completamente.

¿Quién no recuerda, por poco que se pare á reflexionar, cuáles fueron las primeras leyes criminales de la ciudad de Minerva? ¿Quién no recurda el nombre de Dracon, encargado por sus conciudadanos de formularla, y que redactó en efecto las que habían de regir á aquella sociedad tan culta y tan célebre?

Las leyes de Dracon se han perdido, y la filosofía no puede juzgarlas una por una; pero la noticia de su espíritu se grabó fuertemente en la memoria de los hombres, y habiendo llegado hasta nosotros, nos autoriza para que las juzguemos en su conjunto, todas de una vez. Dracon impuso á cuantos delitos le plugo declarar, una sola y universal pena, la pena de muerte. «No conozco crímen, por pequeño que sea,—dijo aquel hombre tan honrado como severo,—que no merezca el último

suplicio; y en cuanto á los que mi razon me representa como mayores, no tengo pena más dura que imponerles.»—¡Tremenda explicacion, que condenaba íntegra y en globo á la humanidad, y que era al mismo tiempo la negacion de todo juicio, de todo progreso, de toda ciencia en la esfera de las leyes penales! ¡Tremenda doctrina, si es que de hecho merecia tal nombre, que borraba en realidad toda distincion en la inmensa escala de las faltas y de las culpas, y que sometia á un propio nivel lo que el mismo legislador, de acuerdo con la conciencia del género humano, no podia ménos de considerar como diferente!

Las leyes á que acabamos de aludir, esa memorable obra de Dracon, fueron durante siglos todo el derecho criminal de Aténas. No decimos nosotros, ni nos pasa por el pensamiento, que se observasen con escrupulosidad: sabemos bien que en esta materia, más que en ninguna otra, es el desuso ó la infraccion la consecuencia del absurdo en los preceptos. Pero quiere decir que si las leyes de Dracon no eran observadas, la república estaba entregada á meras arbitrariedades, cuando no á una completa anarquía. Desde Dracon á Solon no tenemos conocimiento de ninguna reforma legal. En todo ese tiempo aquella legislacion de sangre fué la única de los atenienses.

Solon, encargado de una suprema dictadura: Solon, á quien se confirió todo el poder político de aquella sociedad, para que la reformase y ordenase, no pudo ciertamente dejar de poner su mano en lo que tan á las claras estaba demandando ordenacion y reforma. Solon, empero, conservó muchas de las leyes draconianas, al paso que derogó otras, las ménos conformes con las ideas y con las costumbres. Pero Solon mismo no ordenó, ni con mucho, la legislacion penal, de una manera científica y completa. Lo civil y lo público se llevaron sus preferentes atenciones. En la esfera de que tratamos, quedaron grandes lagunas, y se consagraron prácticas é instituciones, que las ideas de la ciencia no pueden de modo alguno concebir.

Oigamos, si no, lo que nos dice uno de los escritores de nuestros tiempos, que ha conocido mejor las costumbres y las leyes de la Grecia (1). Oigámosle textualmente, y juzgaremos lo que era en Aténas la legislacion penal, á la época misma de

(1) **Barthelemy.—Viaje de Anacarsis.**

su mayor ilustracion, despues de Sócrates y de Pericles, viviendo Platon, Aristóteles y Demóstenes.

«Se han grabado algunas leyes penales, dice, sobre columnas, que están colocadas en los sitios en donde se administra la justicia. *Si pudieran multiplicarse estas inscripciones, hasta el punto de ofrecer la escala exacta de todos los delitos, y la de las penas correspondientes, hallarianse más equidad en los juicios, y ménos crímenes en la sociedad. Pero en ninguna parte se ha procurado ni emprendido la evaluacion de cada una de las faltas humanas; y es tambien general la queja de que el castigo de los culpables no sigue una regla uniforme. La jurisprudencia de Aténas suple en muchos casos el silencio de las leyes. Cuando estas no especifican el castigo que ha de padecer el criminal, se necesita un primer juicio para declarar convicto del crimen al acusado, y otro segundo, despues, para estatuir sobre la pena que ha de imponérsele. En el intervalo del primero al segundo, le preguntan los jueces cuál es la en que se condena á sí mismo. Entónces le es permitido escojer la más suave y más conforme á sus intereses, aunque el acusador haya propuesto otra más dura y más conforme á su ódio: los oradores discuten una y otra: y los jueces, haciendo en cierto modo de árbitros, procuran aproximar ó conciliar las opiniones, y encontrar la mayor proporcion posible entre la falta y la penalidad.*»

No necesitamos más que estas noticias, evidentemente escritas con favor y benevolencia, para juzgar de la legislacion penal ateniense.

Fáltanos, en primer lugar, la escala de todos los delitos: es decir, que muchos que son tales segun la conciencia humana, y en la práctica diaria de los tribunales de justicia, no están señalados en esa categoría por la ley. Hay, pues, fuera de esta otro sello de la criminalidad: la jurisprudencia se sustituye aquí al derecho, contra uno de los principios más necesarios de toda buena legislacion: la arbitrariedad se sustituirá á aquella á su vez sin grandes inconvenientes.

Falta, en segundo lugar, la escala y la proporcion de las penas. De modo, que si, por una parte, no se encuentran en la ley los delitos que debia declarar; por otra, no califica bien, y no castiga con buen juicio los que declara. La arbitrariedad cede aquí el puesto á la notoria injusticia.

Estas evaluaciones, este análisis, estas proporciones, no sólo no se han obtenido, sino que no se han emprendido ó in-

tentado siquiera. Erraríamos, creyendo á la ciencia defectuosa; es que la ciencia absolutamente no existe. Sus primeros elementos no han entrado en las ideas ni en los propósitos del legislador. Ha especificado sólo los casos criminales que le ocurrian, señalándoles la pena que su ánimo le inspiraba; pero sin ligar sus fragmentos de obra, sin proporcionarlos; sin imaginar tal vez los principios de unidad que debia haber entre ellos, y abandonando á la práctica lo que no á ésta, sino á él propio, tocaba decir.

Vemos más, por último;—y concluiremos aquí nuestras observaciones. El delito que las leyes no señalan, y para el que no fijan ninguna pena, tambien se castiga, como hemos dicho ántes. Pero entonces el acusado mismo propone la penalidad que estima oportuna: el acusador insiste en la que cree conveniente, y el tribunal de derecho se convierte en un tribunal de árbitros; que media, y pesa, y corta, y transige, é impone, por último, sin atenerse á la ley ni á la acusacion, el castigo que le parece más racional. ¿A dónde ha ido á parar la idea científica del crímen, de la pena, de la legislacion que declara el primero é impone la segunda, de los tribunales que se establecen para aplicar esa legislacion? Tal vez ese instituto en sí mismo no es vituperable, despues que se ha establecido como regla que hay crímenes cuando no hay prohibicion, y que hay castigos sin ley que los ordene; pero ¿qué pensaremos de un código ó de un sistema que tiene que acudir á semejantes recursos, y cuya base, en casi todos los casos, se resuelve en una arbitrariedad permanente? ¿Dónde está aquí la obra de la ciencia? ¿Dónde no vemos la del instinto, y la del instinto solo?

La verdad es que no hay legislacion alguna moderna, áun cuando busquemos la más atrasada, de la cual se pueda decir lo que decia de la ateniense quien de seguro no la quiso desacreditar. La verdad es que, bajo el aspecto científico, si no es aquella la pura infancia de las leyes penales, no sabemos ciertamente á qué otra cosa se pueda aplicar ese nombre.

Pasemos de Grecia á Italia, y de Aténas á Roma. De la república del pueblo-filósofo trasladémonos á la del pueblo-rey; de la patria de las ciencias y de las artes, á la patria de la legislacion y del gobierno. Otros y muy diversos pueden ser aquí los instintos; pero instintos y nada más, es lo que tambien encontrarémos en la materia á que consagramos este Discurso.

Las primeras leyes criminales de Roma parecen imitadas ó copiadas de las de Dracon: tanta es su aspereza, tanta su severidad. La muerte se prodiga tambien en sus preceptos con una facilidad que asombra. Bajo su amenaza y su realizacion efectiva se ponen los crímenes y las faltas más diferentes: el asesinato, por ejemplo, y la asamblea ó reunion nocturna, aun con motivos ú objetos de placer. El libelo y el incendio, la traicion y el encantamiento por magia ó hechicería, á todo ello alcanza la misma pena. ¿Quién ha de hablar de reflexion, de proposiciones, de ciencia, ni de nada que conduzca á ciencia, cuando con tales hechos encontramos?

Dirémos aquí lo que un momento hace decíamos, al referir y juzgar la institucion ateniense del arbitrage jurídico, en los delitos para los cuales no habia penas. No es la ciencia, sino el instinto solo, quien tales cosas hace. El nstinto corregia allí un principio absurdo, el del juicio y la condenacion cuando no existe ley penal: el instinto inspiraba aquí á los romanos un derecho, en relacion y concordancia con lo que era preciso que ellos fuesen, para cumplir la mision que la Providencia les señalara en el mundo. Aquel pueblo estaba destinado á conquistar el universo, y habia menester robustecerse con hábitos de fuerza, con instituciones vigorosas. Sus costumbres y sus leyes debian de ser las de una nacion de gigantes. Dentro de su ánimo lo sentia así; y su fuerza interna le empujaba á la realizacion de tan altos destinos. Sus leyes, pues, bárbaras bajo todo otro punto de vista, eran acomodadas y propias á su carácter. Pero no busquemos en ellas una ciencia que no existe. El instinto solo, repetimos, es quien las produce, la filosofía no las hubiera hecho.

La muerte y la relegacion para los grandes crímenes, la multa para los delitos menores, hé aquí toda la legislacion penal de la república romana. Añadamos que la segunda, la relegacion, se puede escoger voluntariamente en lugar de la primera, sin que se oponga la sociedad, sin que lo repugnen los interesados en el castigo. Todo criminal, por grande que sea su falta, por más que sea la pena de muerte la escrita en la ley contra él; todo criminal puede abandonar voluntariamente á Roma, y llevar á países remotos su desgraciada, pero respetada existencia.

Al hablar aquí de la legislacion penal de los romanos, hablamos únicamente de la que dice relacion á los hombres li-

bres, ciudadanos de la república. Los extranjeros no eran cuasi nada en el concepto de aquel pueblo orgulloso, que tanto se sublimaba á sí mismo: los esclavos eran cosas, enteramente á merced de sus señores. La propia dignidad, y la abyeccion de todo lo restante del mundo, son un sólo y único dogma, dividido en dos partes concordantes, para aquellos feroces ciudadanos. Su pensamiento y su conciencia los elevan al trono del universo; y las severas leyes con que se rigen entre sí, respetan siempre, áun en la muerte, la alteza de su condicion, y los constituyen la verdadera aristocracia del género humano, durante una larga sucesion de siglos.

Cayó empero la República, como caen y pasan todas las obras de los hombres. Con el imperio vinieron otras necesidades, vinieron otros hábitos, vino forzosamente otra legislacion. La estóica severidad de aquellos férreos romanos debió perderse en las más blandas, en las afeminadas costumbres de los súbditos de Tiberio y de Calígula. El hijo de las siete colinas tendia á confundirse con el enmuellecido habitante del Ática, y abria los brazos para recibir como sus iguales al íbero, al celta, al mauritano, al lidio y al egipcio. El estado romano era ya el mundo; su legislacion habia de perder el distintivo propio de la república donde naciera y debia tomar un carácter humano, como que la humanidad entera constituia su objeto.

Cedia el sentimiento que la inspirara hasta allí, y á falta de ciencia para reemplazarlo, era sustituido por otros sentimientos más generales, sin aquel sello especial que distinguiera á la ciudad de Rómulo. La civilizacion ha adelantado mucho, y no puede ménos de reflejarse, con sus buenas y sus malas consecuencias, en las obras del derecho. Pero esa civilizacion es siempre la civilizacion pagana. Los grandes misterios de nuestro ser moral le están siempre ocultos. Ella afemina, más bien que modera: ella envilece, más que templa y suaviza, en el verdadero sentido, las costumbres. La justicia, en su ser y en sus más nobles aplicaciones, es siempre un misterio recóndito, que divisan entre albores vagos; pero que no poseen, los discípulos de Platon y de Ciceron. De la rudeza se viene á la abyeccion, porque no se ha hallado el gérmen de la verdadera virtud.

En aquel tiempo se aumentan ciertamente el catálogo de los delitos y el de las penas. Mas para juzgar del progreso de tales leyes penales, bástanos decir un nombre de los prime-

ros, y dos de la segunda. Aquel nombre es *lesa-magestad*: estos son la *muerte en el circo* y la *confiscacion*.

El crímen de lesa-magestad, en el sentido y con las definiciones del Imperio, es una de las mayores afrentas que se han impuesto al género humano: la muerte en el circo, uno de los más despiadados y refinados horrores de la antigüedad pagana; la confiscacion, el más súcio amalgamamiento de la avaricia y de la crueldad.

Sin embargo, en los momentos mismos en que se realizaban esos progresos fatales, en que la situacion contemporánea de las ideas y de las costumbres gentílicas hacía brotar tan desastrosas é infames invenciones, acontecia en el silencio de un ignorado rincon del mundo, el principio de la revolucion más grande y más provechosa, que habia de presenciar la sucesion de los tiempos. El Evangelio del Hombre-Dios era anunciado á la tierra por sus Apóstoles; y la idea de la justicia, la verdadera moral, las doctrinas del cielo hacian su triunfante aparicion en medio de los hombres, para iluminar sus ojos, y guiarlos en el difícil derrotero de la vida.

La inteligencia humana—ya lo hemos dicho más de una vez—habia estado ciega por cuarenta siglos en las más altas y más interesantes cuestiones. A lo más, era un leve crepúsculo el que la habia ilustrado. El orígen del mal fué siempre un arcano á sus más profundas meditaciones: la esencia del delito, como la de la justicia, se escapaban, y eran siempre superiores á sus más audaces vuelos. Ni la libertad ni el deber tenian principios filosóficos. Dios, que de todo ello es el orígen, si era una verdad en su existencia, era tambien un problema insondable, una dificultad insoluble en sus obras.

Se ha notado muchas veces, y se ha extrañado por algunos hombres poco reflexivos, el gran adelanto de los ramos del derecho desde los siglos segundo y tercero de nuestra era. Se ha hecho la observacion de que precisamente progresaban esos estudios, cuando estaban en decadencia tantos otros que traian su orígen de la antigüedad. Las artes caian en degradacion, la lengua en abandono, la fuerza de las viejas razas se extinguia, el imperio de Occidente tocaba á su fin, y sólo salvaban al de Constantinopla las fuertísimas murallas de aquella ciudad; y en medio de este universal decaimiento, única entre tantas ruinas, progresaba la legislacion y se encumbraba á una altura, á la que jamás en tiempos más prós-

peros, se habian elevado.—Este fenómeno; que ha parecido inexplicable á algunos, es para nosotros de la mayor sencillez. Era que el cristianismo habia roto las trabas que encadenaran el derecho para marchar y progresar: era que le habia servido de antorcha, descubriéndole los principios sin los cuales no podia salir de las andaderas de la infancia. Todo lo antiguo podia estar en descenso; y surgir y brillar, sin embargo, lo que hasta entónces fuera imposible que existiese.

Grande fué, pues, indudable, reconocido, el adelanto de la legislacion penal, en los siglos del bajo-imperio romano, desde el tercero al sexto de nuestra era. Mas á pesar de ello, esta legislacion no adelantó tanto como la civil, ó mejor dicho, no llegó á un punto tan elevado y tan perfecto. Debió consistir seguramente: primero—en que esta segunda, como ménos dependiente del adelanto en las idéas morales, venia de antemano más avanzada, y tuvo que caminar ménos y con esfuerzos mucho menores, para llegar á la perfeccion. Segundo—en que la forma de gobierno humillante y despótica que entonces regia al mundo, aquella procaz exaltacion de los soberanos, aquella miserable condicion de los pueblos, no pudieron dejar de influir poderosamente para el retraso de cuanto debia inspirar la dignidad humana, si hubiese existido; de cuanto la libertad y el individualismo hubieran traido en otro caso, como legítimas consecuencias. Suponed que la aparicion y la vulgarizacion del cristianismo hubiesen ocurrido en época más filosófica, y en la cual hubiese valido más el hombre de lo que valia bajo el despotismo imperial; y habríais visto de seguro, no solo nacer, sino completarse esta rama de la ciencia del derecho, cual la tenemos, cual la consideramos en el dia.

No sucedió así. La soberanía despótica, oriental, de aquellos emperadores, dejó en gran parte infructíferos los abundantes gérmenes de justicia que el cristianismo habia derramado en el mundo. Diéronse pasos hácia la ciencia, pero la ciencia no se formó. La ley de lesa-magestad pendia siempre sobre las cabezas, y helaba las palabras de los filósofos. Incidentemente se hacian algunas conquistas, que no podian proclamarse muy altas. Aquella atmósfera de servidumbre ahogaba en la cuna á quien no tenia las fuerzas de Hércules para libertarse de su peso. ¡Oh! si los principios morales que se poseian ya, lo hubiesen sido en la Academia y en el Licéo de Atenas; Platon y Aristóteles nos habrian dejado diez siglos ántes la teoría

del derecho penal, que todavía no tuvimos diez siglos despues.

De cualquiera suerte, podemos consignar aquí estos dos hechos inconcusos.—Primero. La legislacion en que nos ocupamos, adelantó notablemente durante la época del Imperio, y bajo los soberanos bizantinos: sus bases son ya bases de otra y más alta justicia; sus aplicaciones son á la vez más extensas y más proporcionadas.—Segundo. A pesar de ese adelanto, el derecho penal es aún en aquella época muy inferior al derecho civil; y si existen los principios ó algunos principios de su teoría, ésta, en estado de ciencia, como cuerpo de doctrina, ni la encontramos, ni vemos indicios de que existiera.

La razon nos ha dicho los motivos de esto último: la observacion nos justificará plenamente su realidad.

Consideremos un instante la Instituta. Examinemos ese precioso epítome, en que se compendia tan magistralmente el derecho. ¿Cuál es la parte civil, que podemos señalar en ella? Todos sus títulos, ménos uno. ¿Cuál es la parte criminal? Un solo título, el último, en los cuatro libros que comprende. Ni en el derecho de las personas, ni en el de las cosas, encontrarémos el más leve vestigio de la legislacion en que nos ocupamos. En el final de las acciones, como si fuera un apéndice de poco valor, allí es donde únicamente se trata de los juicios públicos, es decir, de los medios para la represion de ciertos crímenes. Pero una doctrina general acerca de estos y de sus penas; mas la definicion siquiera del crímen mismo, para conocerlo, para explicarlo, para ordenar un sistema de represion y castigo acerca de él; eso, en vano lo buscaréis, porque en ninguna parte de la Instituta existe. Si en medio de ella, en el tratado de las obligaciones se habla tal vez de delitos, es solo para considerar los efectos civiles que producen algunos; para ver qué responsabilidad pecuniaria puede exigirse á su autor, no por la sociedad ni como causa pública, sinó por el que con ellos fué damnificado, y como una causa privada.

Algo semejante á esto propio nos sucederá tambien si consultamos el Código ó el Digesto. Un libro solo de los doce de aquel, tambien uno solo de los cincuenta de éste, son los destinados á la parte penal. Y en esos libros singulares, pequeñísimo espacio en comparacion de los civiles, punto que se pierde en la inmensidad de este otro océano, tampoco hallarémos sino compilaciones desordenadas é informales, centones agrupados, á cuya formacion, á cuya coleccion no ha presidido

ninguna idéa, donde nada se define, donde nada se prevé, donde no se ha hecho otra cosa que satisfacer necesidades urgentes, llenando los vacíos de penalidad que la experiencia iba señalando, y á que iban acudiendo los institutos y las costumbres. ¡Qué diferencia tan grande entre esta parte y la civil! ¡Cuánta estrechez y cuánta pequeñez en la una: cuánta importancia, cuánta extension, cuánta filosofia, cuánta ciencia en la otra!

Y sin embargo, volvemos á decir, habia progreso. La luz penetraba, á pesar de todos los obstáculos; y aunque fuese con leves centellas, disipaba poco á poco la antigua oscuridad. Las constituciones de los príncipes eran á veces inspiradas por pensamientos generosos. El espiritu cristiano acababa con la barbarie de las penas. Prohibíase la exposicion de los condenados en el circo. Reducíase á solo una parte de los bienes la confiscacion, cuando tenia hijos el deportado. Limitábanse los crímenes de lesa-magestad, y excusábase de toda pena á los que osaban maldecir á los emperadores. La humanidad, en fin, se infiltraba en aquel recinto, que un tiempo le fuera negado. No lo hacia en forma de ciencia; pero lo hacia bajo el aspecto de inspiraciones religiosas.

Una máxima queremos citar aquí, que, siendo la condenacion de cuanto hemos visto en la jurisprudencia de Aténas, nos abre por sí sola un mundo nuevo en el instante en que se la proclama. Vimos ya que las leyes de Solon admitian el delito, sin la declaracion prévia y sancionada por algun medio de derecho: vimos que podia acusarse, que podia condenarse, que podian imponerse penas á tales personas, que no hubiesen quebrantado ningun precepto penal. Pues bien: este desórden, esta anarquía, mayor que ningunos otros, en la jurisprudencia romana nos los encontramos; lo contrario es precisamente la regla terminante del derecho. «*Ubi non est lex, nec praevaricatio*» dice en propias y decisivas expresiones su ley. De manera, que ha concluido ese gran gérmen de arbitrariedad, de inseguridad, de desastrosas consecuencias: de manera, que el ciudadano que no infringe las reglas prohibitivas impuestas por las autoridades superiores, puede vivir tranquilo en sus hogares, sin que perturbe su seguridad el recelo de una acusacion, que sólo se fundaria en lo que él estimase lícito é indiferente.

Volvemos á repetir que la mera adopcion de esa máxima abre un abismo entre el vago derecho de los pueblos griegos,

y el derecho fijo y permanente de los pueblos romanos. Volvemos á repetir que ese mero adelanto encierra un progreso sobre toda ponderacion. Quizá es el primer paso para la ciencia.

Pero hablando del Imperio romano, hemos avanzado mucho en la sucesion de los siglos. Aquel Imperio duró mil y quinientos años, desde Augusto hasta la rendicion de Constantinopla; y aunque no contemos mas que hasta Justiniano, época del apogeo legislativo, siempre quedan mas de seiscientos, como mas de mil desde las Doce Tablas. Tan largo período es ya la tercera parte de nuestra historia, consumida por una sola nacion.

Entre tanto, habian aparecido otras. Entre tanto, se habia verificado en los países del Occidente la revolucion más radical que han presenciado los tiempos. Entre tanto, habian salido de los bosques de la Germania y de las *steppas* de la Escitia los alemanes y los godos: Roma habia sido saqueada por Alarico y destruida por Odoacre; y todo el inmenso edificio de la antigua civilizacion se habia desplomado en la parte principal del mismo imperio del pueblo-rey. Lo que de aquel quedaba, estaba reducido al Oriente: en todo lo demás surgian, y se asentaban nuevas naciones, crecian y se consolidaban nuevos estados. Una barbarie de nuevo género, como no la conocíamos en la primitiva historia, venia á renovar las extinguidas fuerzas del antiguo mundo. El orbe romano dejaba su lugar á un orbe más tosco, pero más inocente.

Tácito, el sublime historiador del primer siglo de nuestra era, nos ha dibujado á grandes rasgos esos pueblos, que se extendian del otro lado de los Alpes. Merced á la erudicion y á la filosofía de tan insigne maestro, no tenemos que recurrir á meras conjeturas para conocer sus costumbres, ni para señalar los elementos de sus tradicionales leyes. El retrato de aquellas naciones, que poseemos en sus escritos, es una bellísima miniatura, suficiente en primer lugar para formar una idéa de lo que son todos los pueblos bárbaros; y suficiente tambien para distinguir las particularidades que caracterizaban en su época á los hijos de la Germania.

No hay que buscar, por supuesto, en aquella esfera el aparato de las leyes escritas; y no es necesario, por consiguiente, que hablemos aquí de nada teórico ni científico. Mas la necesidad de los hechos penales se habia dado á sentir, como por donde quiera se da: el instinto la habia llenado; y la tradicion

conservaba sus decisiones, y las elevaba indudablemente á la dignidad, á la categoría de ley y de derecho.

De los crímenes ó delitos importantes, que en semejantes pueblos ocurrian, llevábase la acusacion, y tocaba el conocimiento, á la asamblea general, poder que supremamente los gobernaba. Seguíase aquí la célebre regla, indicada en otro lugar por el mismo Tácito, y que es el justo epílogo de aquella situacion: «*de majoribus omnes.*» La asamblea en efecto se ocupaba en tàles causas, y absolvia ó condenaba á los encausados, segun los méritos que oral y sumariamente descubria en su conducta. Para semejantes delitos, la muerte era la pena ordinaria y comun; mas en la muerte misma habia distinciones, que nos ha conservado con esmero el autor á quien vamos citando. Los traidores y los desertores morian colgados de árboles: los cobardes, los viciosos, los que infamaban sus cuerpos, eran sumergidos en algun pantano, para que acabasen y desapareciesen en él. En aquellos crímenes se buscaba la ostentacion, la ejemplaridad del suplicio; en los segundos, la vergonzosa desaparicion de las debilidades. «*Diversitas suplicii illuc respicit, tanquam scelera ostendi oporteat dum puniuntur, flagitia abscondi.*» El instinto, á la verdad, habia sido filosófico en sus ingeniosas diferencias.

Por lo que hace á los delitos que se estimaban menores, vemos ya aparecer desde este momento lo que despues se ha llamado la *composicion*. En lugar de penas corporales, puede satisfacer el culpado una multa, más ó ménos cuantiosa, que se realiza en caballos, ó en bueyes, ó en ovejas—(aquella sociedad apénas tenia dinero);—y que se reparte entre el rey ó la tribu (el fisco), y la parte dañada por el hecho criminal, ó sus parientes y sucesores. Semejantes faltas se consideran, pues, como de derecho privado; y privadamente, y por medio de tales ajustes, es como se verifica más bien su indemnizacion que su expiacion.

Por último, el propio Tácito nos dice que las mismas asambleas generales elegian determinadas y eminentes personas (*príncipes*), á fin de que administraran la justicia en cada canton ó distrito del estado; y que á cada una de ellas acompañaban en esta mision, dándoles consejo y autoridad, otras cien personas tomadas de entre sus convecinos. De suponer es que las atribuciones de semejantes tribunales no se extenderian en el órden criminal sino á las causas leves; toda vez que la

asamblea de la nacion estaba llamada á juzgar de las importantes, y que teniendo el hábito todos los germanos de concurrir á ella, y celebrándose muy frecuentemente, parece natural que llevasen á aquel supremo juicio la mayor parte de las discordias y violencias que estallaran entre ellos.

Hasta aquí lo que dice Tácito y lo que podemos inferir de su espíritu.

Pero Tácito escribia, como hemos dicho, en el primer siglo de la era cristiana.

Al concluir el cuarto, ó principiar el quinto de la misma, aquellos pueblos de que él habia hablado, los vándalos, los suevos, los francos, los lombardos, los borgoñones, cayeron sobre la Europa culta, y vinieron á sembrar el gérmen de las monarquías que hoy existen. Acompañáronlos los godos, los alanos, los hunos, los húngaros, salidos de las márgenes del Don y de la alta Tartaria. Los pueblos se convirtieron en hordas; las tribus en ejércitos. Todas sus ideas de organizacion debieron encontrarse trastornadas: todos sus hábitos y sus instintos hubieron de caer en una indescifrable confusion, producida de una parte por el vértigo en que corrian, de otra por los hábitos y las doctrinas con que se cruzaban en las nuevas regiones, á donde los llevara un desconocido impulso. En todo el tiempo que éste dura sin calmarse y asentarse, no hay que buscar en los bárbaros justicia penal: la violencia es el carácter que los distingue, tanto con los vencidos, como entre sí; y si alguna vez sus jefes quieren castigar ó poner coto á esas violencias mismas, no con derecho, sino con otras violencias iguales, tienen que reprimirlas y cortarlas. Es aquella una situacion de fuerza, en que solo la fuerza, y no el derecho, se ofrece á las órdenes del instinto. En el poder material están cifrados los tribunales; en el puñal ó la espada está compendiada la ley.

Semejante situacion no podia ménos de ser muy transitoria. Si el desórden hace indudablemente un gran papel en la historia del mundo, está por fortuna muy léjos de poder constituir exclusivamente esa historia por un período largo. Las sociedades tienden de suyo al reposo y á la ordenacion: el movimiento que de contínuo debe haber en ellas, no es un movimiento de vértigo y delirio, no es la convulsion de una perpétua agonía, no es la agitacion de un nacimiento perdurable. Aquella crisis, aquel cataclismo; pronto hubieron de

pasar; y aunque niños, y muy lejanos de su completo desarrollo, se encontraron asentados en sus fundamentos, y despejados en sus horizontes, los nuevos pueblos que reemplazaban en aquellos instantes al caduco pueblo romano.

Con la invasion de los hijos del norte, se divide, y pierde su antigua unidad la historia del mundo. Son muchos estados los que sustituyen á la gran nacion: son muchos y diversos gérmenes de la civilizacion moderna, los que reemplazan á la civilizacion que acaba en aquel momento. Es ya necesario que pasen muchos siglos, toda la edad media, y una parte de la historia de nuestro período para que vuelva á haber otra especie de unidad. Aun ésta, no será del mismo género que la antigua: no nacerá de ser uno el estado y unas las leyes; provendrá sólo de ser una la filosofía, y muy semejantes la cultura y la civilizacion.

En nuestra España, despues de grandes contiendas, de grandes desastres, de una incertidumbre de medio siglo, se asentó y se ordenó por fin la monarquía goda. Estos primogénitos de entre los pueblos bárbaros, venidos de las orillas del Tánais á las del Danubio, y de allí á entrambas vertientes del Pirineo, sometieron por fin á su dominacion desde el Ródano y el Garona hasta los límites de la Península ibérica, é instituyeron un estado, el más floreciente, y bajo todos aspectos, el primero de aquella edad.

Ni en civilizacion, ni en órden, ni en poder, llegó, durante tres siglos, á igualarse con nuestro imperio godo, ninguno de los otros imperios del Occidente de Europa. Aquí (para no traslimitar del objeto de estos apuntes), fué donde, primero que en ninguna otra parte, se confundieron y amalgamaron la raza vencedora y la vencida; aquí fué donde, primero que en ninguna otra parte, perdieron las leyes el carácter personal, para adquirir el de esa unidad ó del territorio: aquí donde antes que en ningun pueblo contemporáneo, tuvimos un verdadero código, digno de esta denominacion, y que tanto por su forma artística, como por el espíritu que lo inspirara, pudiera ponerse sin desdoro al lado de los códigos romanos, hasta entonces vigentes.

Hablamos del Fuero Juzgo: compilacion ordedada de las leyes godas, que en el estado en que la conocemos, debe su existencia y su autoridad á Egica, uno de sus últimos monarcas.

A diferencia de los códigos romanos, el Fuero Juzgo se ocu-

pa con bastante extension en la ley penal. Cuatro libros enteros, de los doce que contiene, desde el VI al IX inclusive, están completamente destinados á ellas; y sin embargo, aún se encuentran en los restantes muchas disposiciones respectivas á la misma. Comparando bajo este punto de vista nuestro código wisigodo, con los del Imperio, hallamos seguramente que la legislacion civil se ha simplificado mucho en aquel, al paso que se ha aumentado y desenvuelto la criminal. La jurisprudencia antigua, madre de la primera, ha desaparecido al contacto grosero de la barbarie: las públicas necesidades, orígen y causa de la segunda, no se han extinguido por ese suceso. Más sencilla la sociedad, háse descargado de toda superabundancia del derecho civil; pero conserva lo que solo miraran los romanos como una parte de aquel, y á lo cual no dieron nunca una importancia preferente.

Una observacion hemos indicado ya acerca del Fuero Juzgo, en que nos ha de ser permitido insistir algunos momentos. Es ésta, la de que aquella ley no hizo distincion alguna entre los godos y los españoles, y reconoció así la unidad de la nacion, y la igual sumision de todas las razas al mismo derecho. Ese fué un adelanto muy importante, despues de la conquista de los bárbaros, que habia dividido el mundo en dos castas: la de los antiguos habitantes del país, y la de los vencedores, que los habian sojuzgado y despojado. Quedó ciertamente en nuestra Península, y se conservó en el código wisigodo, la distincion de los hombres libres y de los siervos:—no alcanzaban aún las costumbres á reformar enteramente esa institucion de la esclavitud;—pero entre los libres no hubo ya diferencia alguna, y todos, asi en lo civil como en lo criminal, fueron juzgados por la misma ley. Mientras que en lo restante de Europa permanecian los derechos personales, y existian en cada país dos naciones mezcladas, pero no condundidas, la legislacion de nuestra patria igualaba completamente al español y al godo, permitia los enlaces del uno con el otro pueblo, y abrogando las leyes romanas que rigieran al primero hasta entonces, daba una misma para los dos, y explicaba su universalidad con estas bellas y sentidas palabras: «La ley goberna la cibdat, e geberna a ome en toda sua vida, e assi es dada a los varones, como a las muyeres, e a los grandes como a los pequeños: e assi a los sabios como a los non sabios, e assi a los fiyus-dalgo como á los vilanos; que es dada

sobre todas las otras cosas por salud del príncipe, e del pueblo e reluz como el sol en defendendo á todos (1).»

Ni es esa universalidad de una propia ley lo que solo tenemos que celebrar en el punto de las doctrinas generales consignadas por el Fuero Juzgo. Toda esta parte de aquel código, que así se aplica al derecho penal como al civil, es de una admirable perfeccion. Elévanse en ella los legisladores, Reyes ó Concilios, á una altura de razon y de filosofía, que no puede ménos de sorprender y de lisonjear el ánimo. La claridad de la expresion compite aquí con la exactitud del pensamiento. No puede llamarse ya un pueblo bárbaro el que con tanta correccion concibe y expresa sus ideas.

«El facedor de las leyes (dice la 6.ª, tít. 1, lib. 1) debe fablar poco e bien; et non deve dar iuizio dubdoso, mas lano (llano) e abierto, que todo lo que saliese de la ley, que lo entiendan luego todos los que lo oyeren, e que lo sepan sin toda duda, e sin nenguna gravedumbre.»

«Esta fué la razon (L. 5, tít. 2) porque fué fecha la ley: que la maldad de los omnes fuese refrenada por miedo della, e que los buenos visquiesen seguramente entre los malos, e que los malos fuesen penados por la ley, e dexasen de facer mal por el miedo de la pena.»—No es fácil que se encuentre en ningun código una explicacion más sencilla y perfecta de la ley criminal.

Contraigámonos ya, empero, exclusivamente á ésta, que es el objeto de nuestras actuales investigaciones; y emitamos y justifiquemos nuestro juicio sobre esa parte especial del Fuero Juzgo.

La ley criminal, suprema y filosóficamente considerada, tiene cuatro partes. La primera es la definicion y explicacion del delito. La segunda, la definicion y explicacion de la pena. La tercera, la comparacion del uno con la otra, y la graduacion de las varias clases de esta última entre sí. La cuarta, el carácter de la acusacion, las bases de la prueba, la índole sustancial del procedimiento. Esta suele hallarse hoy en un código distinto; pero en realidad es parte de la misma ley. En una compilacion universal como el Fuero Juzgo, todas debian encontrarse, y todas se encuentran, mejor ó ménos bien desempeñadas.

(1) L. 3, tít. 2, lib. 1.

El delito en general no está definido en ninguna parte; mas por la explicacion de cada uno de los hechos que le componen, podemos discernir la idéa que tenian de él los legisladores godos. El delito se confundia grandemente para ellos con el pecado. La índole teocrática que tanto predominaba en aquella sociedad, la influencia religiosa que tanto se hacia sentir en aquel gobierno, no podian ménos de dar lugar á semejante consecuencia. Hablando sinceramente, esta es una circunstancia muy comun en todas las épocas en que predominan el espíritu y los estudios cristianos. La moral religiosa desempeña entónces el papel de directora de la razon; y sus preceptos austeros se toman frecuentemente por única base de las leyes humanas. Esto, que se ha observado de continuo en todo el curso de la edad media, y áun en algunas épocas recientes, á pesar de la completa secularizacion del poder, ¿cómo no se habia de verificar cuando eran los Obispos jueces de los jueces, y cuando el concilio hacia las leyes, y daba y quitaba supremamente la corona?

No extrañemos, pues, ni el ver condenadas como delitos acciones ridículas (la adivinacion) ó acaso inocentes (el orígen ó calidad de israelita), ni el ver penados con excesíva severidad todos los actos de fáciles y pecaminosas costumbres, ni el uso, por último, tan multiplicado, de la excomunion, como pena civil, en lugar de ser pena eclesiástica. El predominio sacerdotal ha producido y producirá siempre tales resultados. La medida del crímen no se toma, segun él, de los males terrenos, sino de las condenaciones celestes.

Por lo demás, en uno de los títulos más importantes del código, en el título «de las muertes de los homines», encontrarémos idéas ciertamente muy justas y muy adelantadas sobre la naturaleza del crimen. Allí veremos reconocida y establecida la oportuna diferencia entre el que causa la muerte á otro sin ninguna voluntad; el que lo verifica con ocasion de algun hecho de violencia, que pudo dar causa, si no á aquel, á otro delito; y últimamente, el que quita la vida con completa conciencia de lo que hace. Al primero liberta de toda responsabilidad; al segundo le impone solo alguna; al tercero se la exije plena, y con absoluto rigor. Nada más se hubiera hecho en estos tiempos de refinada teoría.

¿Pero por qué razon estas doctrinas, generales por su índole, no se presentan con ese carácter en la ley? ¿Por qué se enun-

cian en un título particular, y como si solamente tuvieran aplicacion en semejantes casos? ¿Por qué no hay una coleccion de principios, que se puedan constantemente aplicar como bases de todo el derecho?

Ya lo hemos dicho más de una vez. Porque el instinto progresaba: pero la ciencia, con su carácter propio, no existia entónces, cual no ha existido sino al cabo de muchos siglos.

La definicion de la pena está bien hecha—lo hemos visto ya en algunas leyes del Fuero Juzgo. Su objeto individual y su objeto social están bien comprendidos y explicados. El escarmiento y la intimidacion de los criminales, y la seguridad de los hombres de bien, se hallan presentados bajo un buen punto de vista en la ley que copiábamos ántes (5.ª, tít. 2, lib. I).

Pero el catálogo de las penas es ya defectuosísimo en sí propio, y llega á ser absurdo cuando se le mira como una escala, y se le coteja y pone en relacion con la de los crímenes. La excomunion, la muerte, la decalvacion, la marca, los azotes, son castigos inmensamente prodigados. El ánimo se subleva, y la sensibilidad se afecta dolorosamente, al considerar con qué abundacia, y con qué sangre fria se distribuyen estos últimos castigos: nuestra filosófica incredulidad se admira y se sonrie, reparando qué gran importancia se daba al primero.

Hay otra cosa, sin embargo, más extraña para nuestras idéas, y más distante de lo que exige una teoría filosófica del derecho penal, que esa aplicacion profana de la excomunion, que esa prodigalidad de los azotes y de la muerte. Hablemos del castigo que consiste en entregar una persona á la voluntad de otra, para que se haga de ella lo que quisiere. Nada nos repugna tanto como este hábito: nada está más apartado que él de nuestra idéa moderna de la penalidad. Nada procedia entónces más directamente del elemento bárbaro, ni tenia más legítima descendencia de los bosques germánicos ó escitas. El espíritu de Alarico dominaba aún todo entero en aquellas leyes, que son absolutamente inconciliables con las que inspiraba otro espíritu más adelantado y culto.

Cuando semejante sistema se encuentra acogido y generalizado en un pueblo, es que aquella seciedad no tiene muy sanas ideas de la justicia, y que en lugar de ella, lo que concibe es la venganza. Bajo semejantes disposiciones el derecho se aminora, y se pierden las más altas y más dignas nociones sociales. Dominando tales preceptos, hallándose contradiccio-

nes tan evidentes, es imposible que sea una ciencia la legislacion.

Ni podia dejar de tener influencia el mismo espíritu, dado que de esa suerte existia, en las bases del procedimiento criminal, y en todo lo tocante á las acusaciones. Siendo la penalidad en casos muy frecuentes, un asunto de interés privado, no era posible que presidiesen á las acusaciones mismas, aquellas otras elevadas idéas de órden público. Privados habian de ser los acusadores, y una especie de pleito comun el procedimiento. El nombre de la sociedad, ni gestionaba en la causa, ni imponia comunmente la pena. El individuo y lo que se tenia por sus derechos, eclipsaban al estado y á los suyos.

Escaso y limitado se nos presenta en el Fuero Juzgo todo lo respectivo á la actuacion. Debia ser esta bien simple, así en lo civil como en lo criminal. Algunas pocas disposiciones tomadas de la jurisprudencia romana, no merecen el nombre de códigos en esta materia. Lo más notable y característico que encontramos, es el derecho de censura y de intervencion concedido á los Obispos en los actos de los jueces. Esta es una consecuencia de la organizacion política de aquel imperio de la universal supremacía eclesiástica, que tanto habia de influir en su ruina (1). Lo más digno de alabanza es lo que se dispone acerca del tormento. Dada la conservacion de ese medio horroroso—y era imposible suponer que la sociedad goda lo hubiese abolido—hay un verdadero progreso, un humano y apreciable adelanto, en lo que se dispone para su uso.

El tormento habia sido adoptado por el despotismo de los legisladores de Roma. Toda su cultura, toda su vanidad y jactancia de civilizacion, se habia manchado con esa invencion horrible. La existencia del menor indicio bastaba para que se aplicase; y ya sabemos bien lo que se llaman indicios en épocas de tan cruel envilecimiento como lo era la imperial. En las acusaciones de ciertos crímenes, apénas habia una que no viniese á decorar aquel vergonzoso espectáculo.

Pues la ley goda, volvemos á decir, mejoró y humanizó tanta barbarie, rodeándola de las posibles garantías. Ante todo, son pocos, segun ella, los delitos por cuya acusacion

(1) Nos tomamos la libertad de recomendar para un adecuado conocimiento del Fuero Juzgo y de nuestra monarquía goda, su progreso y su destruccion, el Discurso preliminar que antecede á aquel cuerpo de derecho en la coleccion de códigos españoles, concordados y anotados, que actualmente (era en 1848) se publica.

puede darse tormento. En segundo lugar, el que hace tales acusaciones ha de someterse por escrito á que recaiga en él la misma pena que deberia recibir el acusado. En tercer lugar, no basta la mera acusacion, si no va desde luego comenzada á justificar, por el dicho y concurso de tres testigos que la abonen. En cuarto y último, se ha de aplicar el tormento ante el juez y personas imparciales (omes buenos), de tal suerte, que no muera ni sufra mutilacion en sus miembros el procesado, y para ello, no en uno, sino en tres diferentes dias. Y si muriese aquel del tormento, sea por mala voluntad ó por soborno del juez, sea únicamente por su negligencia, el juez mismo ha de ser entregado á los parientes del difunto, que le dén otra pena tal. Y áun en el caso de que solo sucediere la desgracia por falta de prudencia en el mismo juez, debe de pagar una gruesa multa, ó quedar por siervo de los parientes del atormentado. En cuanto al acusador, en fin, orígen de tal conflicto, se le entrega tambien á los mismos parientes, para que hagan de él lo que quisieren, segun la costumbre goda.

Verdaderamente, habria sido mejor que desapareciera del todo esa mancha de la humanidad; pero no puede negarse la importancia de las precauciones de que se la rodea, ni cabe dejar de convenir en que los hijos de los bárbaros del norte mejoraban y enmendaban en lo posible la terrible obra de los jurisconsultos romanos.

Podemos, en resúmen, y despues de lo que se ha dicho, juzgar y calificar con breves palabras el mérito de la ley penal en el código de los wisigodos. — Nada hay en ella de ciencia, y muy poco de los principios de la legislacion, como la comprendemos en el dia; pero los rectos instintos de un pueblo bárbaro, las leyes del código teodosiano, que se tuvieron á la vista, y el espíritu de la Iglesia, tan predominante en aquella sociedad, produjeron disposiciones frecuentemente útiles, á veces muy elevadas, y siempre superiores á cuantas regian contemporáneamente en los nuevos estados de Europa. Es un código verdadero, y tan extenso y completo como le habian menester los pueblos á quienes se daba. Con todas sus faltas, con todos sus errores, la humanidad ganó con él, y en muchos siglos no ha logrado otro semejante. Sus defectos capitales son: en cuanto á la nocion del delito, la confusion de éste con el pecado, hasta el punto de usar promiscua-

mente una y otra palabra, como las de criminales y pecadores: — en cuanto á la nocion de la pena, ese carácter privado que continuamente se le dá, esa sustitucion de la idéa de venganza á la idéa de justicia, — en cuanto á las bases del procedimiento, lo que proviene del anterior principio, el reemplazo de la acusacion pública y social por las acusaciones individuales y personales. Por lo que respecta á escalas y proporciones de los delitos, de las penas, y de los unos con las otras, eso habria sido demasiado pedir á aquella época y á aquella sociedad: ni existen en el código, ni sus autores habian reflexionado nunca sobre semejante circunstancia.

Con todo ello—volvemos á repetirlo por última vez—nada hay comparable en la Europa del siglo VII á la legislacion de los wisigodos. La ley ripuaria y la borgoñona le son tan inferiores, como que aún no han salido del carácter de leyes personales; las capitulares de Carlo-Magno, redactadas dos siglos despues, no pueden tampoco sufrir la comparacion. Para hallar algo que pueda oponérsele, es necesario atravesar nada ménos que seis siglos, y fijarse en el gran libro de las Partidas. Aun así, no siempre es el cotejo favorable á la obra más moderna. No es todo progreso en semejante salto: á veces encontramos retrogradacion, y el instinto de Eurico ó de Chindaswinto nos parece más humano y más justo que la erudicion romancesca de D. Alfonso.

Pero en estos seis siglos que median entre la una y la otra obra, algo debió acontecer, cuando no de ciencia, de hechos, en la legislacion penal de nuestra patria.

Durante ese largo período, ocurrió, primero, la invasion sarracénica y la desaparicion de la monarquía wisigoda: despues, la formacion y el progreso de los Estados cristianos, desde Covadonga y Sobrarbe hasta las playas de Cádiz y de Cartagena, y contemporáneamente con estos últimos sucesos, la inmensa confusion legislativa de los innumerables Fueros locales que surgian por dó quiera, y de los que con pretensiones de generales, como el Viejo y el Real de Castilla, querian poner algun órden en los distintos elementos de aquellos no ménos confusos Estados.

Semejante época es la antítesis más perfecta de todo lo ordenado y científico. Ningun ramo de la legislacion podia progresar en su anárquico tumulto; mas el derecho penal especialmente, léjos de conseguir entónces ningun adelanto, atra-

só y retrogradó de un modo visible. El instinto se extraviaba, y el arte y la ciencia estaban más léjos cada dia.

Ni esto puede á la verdad extrañarse, cuando toda la España constituia un inmenso campamento, y cuando esos seis siglos son una batalla permanente. Cabe bien considerar una guerra transitoria como un accidente benéfico, aunque sea desgraciado y duro, en los anales de la humanidad; pero cuando la guerra se convierte en la naturaleza de algun pueblo, que en ella nace, que en ella vive, que en ella se perpetúa, inciertos siempre sus límites, insegura su existencia misma, causando y padeciendo las horribles depredaciones que acompañaban á aquel azote en nuestros Estados de la edad media, entónces es absolutamente imposible que las costumbres no se tornen bárbaras, y que la causa de la civilizacion no esté cada dia más comprometida y decadente. La ignorancia y la rudeza generales, características de aquella edad, se agravaron inmensamente para nosotros, con ese enjambre de fueros que inundó las monarquías españolas, á cual ménos científico, á cual más extraño y caprichoso y singular; leyes propias para aquellas repúblicas militares, que eran verdaderamente nuestras villas y nuestros concejos; leyes, que hacen el contrapeso y el juego natural con las todavía más anárquicas pretensiones del feudalismo, que tambien, aunque en ménos escala que en otros países, tuvo su época y su asiento en nuestra patria.

Las nociones del delito y de la pena, la idea de su proporcion, las bases de la prueba y del procedimiento, todo se conmovió y se degradó en medio de aquel cáos. La penalidad casi puede llamarse una lotería; y el juicio se convierte en una batalla ó en una ridícula tentativa al cielo.

«Nada puede imaginarse más absurdo (dice un apreciable escritor de nuestros dias) (1) que la legislacion penal de aquella época. Ella reconocia como medios de prueba los llamados juicios de Dios, que el código wisigodo habia repudiado. El del agua caliente, el del hierro encendido, y el del duelo, todos hallaron acogida en los fueros municipales, admitiéndolos algunos hasta para las causas civiles. Las penas desproporcionadas y horrorosas, señaladas casi generalmente contra ciertos crímenes, formaban singular contraste con la

(1) El Sr. Perez Hernandez. Boletin de Jurisprudencia.

inexplicable lenidad, con que otros, más graves acaso, eran castigados, cuando no quedaran absolutamente impunes.

»He aquí cómo castigaba el simple hurto el Fuero de Cuenca. «*Quicumque* (decia la ley 18, cap. 10) *de furto vel latrocinio convictus fuerit præcipitetur*». A ser despeñado condenaba tambien el de Sepúlveda á *todo judío que con cristiana fallaren*. Una muerte aún más cruel se imponia segun el de Plasencia al infractor de cualquiera de sus disposiciones. «*Todo home que fuere de Plasencia quebrantare, sea lapidado sin calonia.*» «*Todo home*, decia el de Cáceres, *que uvas furtare de noche, ó cual cosa quisiere, si verdad fallaren alcaldes jurados et voceros, enfórquenlo.*» El de Baeza mandaba *quemar viva* á la mujer que á sabiendas abortase; el de Soria que se quitasen los dientes al falsario: el de Fuentes que se cortase el puño al criado que á su amo hiriera, y otros infinitos establecian penas no ménos crueles y deproporcionadas con los delitos. Hasta contra el mero deudor, siendo de ciertas clases, fulminaba el de Bonoburgo de Caldelas el más inhumano apremio. «*Si fuere clérigo, ó soldado el deudor, atado á los piés de un caballo ó á la clin, y poniéndole humo á las narices, tráiganle así por la villa hasta que pague.*»

»Pero mientras por un lado desplegaban esta severidad feroz, por otro eran excesivamente indulgentes. Una multa, por lo comun de quinientos sueldos, y de ciento solo en algunas cartas, era toda la pena con que se reprimia el homicidio voluntario. «*Pectet* (decian los fueros de Logroño y Miranda) *suo homicidio quingentos solidos, et non amplius.*» El de Sahagun, ménos severo, reservaba esa multa para el asesinato y alevosía, imponiendo solo la de cien sueldos al simple homicida. «*Homicida cognitus dabit centum solidos... Qui per fraudis molimina hominem necaverit, quingentos solidos dabit.*»—El de Salamanca no multaba más que en cien maravedis al matador; pero le imponia tambien la pena de destierro, y *cuando era insolvente*, la de muerte. «*Si non obiere onde pechar los cient maravedis, pónganlo en la forca.*»

»Era bastante general esta disposicion cruelísima, por la cual costaba al pobre la vida su insolvencia. «*El que non compliere las caloñas en materia grave, yaga en el cepo, nin coma nin beba fasta que muera*»—decia el Fuero de Fuentes. Y lo mismo disponian el de Molina, el de Madrid y el de Cuenca. «*Si los alcaldes* (ley 2.ª, cap. 15 de este último) *non fallaren onde hagan*

entrega de las caloñas, los fiadores de salva pechen todas las caloñas fasta tres nueve dias... Et si fasta tres nueve dias non pecharen esta caloña así como dicho es, el plazo pasado, séales devedado el comer et de beber, fasta que mueran de fambre et de sed en la prision.» ¡Ley absurda que no ya se ensangrentaba contra el delincuente, sino contra los hombres benéficos, que condolidos tal vez de la situacion en que le vieran despues de su yerro, habian cometido la imprudencia de responder de las penas pecuniarias de que pudiera ser responsable!

»Entre tanto, esta legislacion bárbara autorizaba las composiciones entre el ofensor y el ofendido, hasta el punto de dejar impunes los delitos más graves y dañosos para la sociedad, como aquellos se avinieran. Concedia salvo-conducto al reo, que, por medio de la fuga ú otro cualquier ardid, hubiese logrado burlar durante el corto espacio de nueve dias la persecucion del injuriado, sus parientes y ministros de justicia. Y para mayor desórden, abandonaba entónces á la venganza privada el cuidado de castigar la ofensa, aunque ella hubiese afectado evidentemente el interés público, y el decoro y dignidad de las leyes. «*Si quis homicidium fecerit, et fugere potuerit de civitate aut de sua domo, et usque ad novem dies captus non fuerit, veniat securus ad domum suam; et vigilet se de suis inimicis; et nihil sajoni vel alicui homini pro homicidio, quod fecit persol at.*» Esta disposicion del Fuero de Leon, el más antiguo y el más generalizado acaso entre todos, hace ver cuán mezquinas eran las idéas que aquellos legisladores tenian de la justicia criminal.»

Hemos querido copiar este largo trozo, porque él resume perfectamente el carácter de aquella legislacion, de aquella época. Despues de los hechos que comprende, nada tenemos que añadir para justificacion de las aseveraciones que íbamos sentando. El retroceso, desde el Fuero Juzgo, es notorio, es evidente: la ignorancia, la barbarie, la falta absoluta, no solo de idéas científicas, sino àun de los principios más vulgares del instinto legislativo, son hechos que saltan á los ojos. Es un cáos, como el que nunca jamás hubiera, como el que nunca jamás deberia haber en adelante, el que nos presenta la sociedad de aquellos siglos.

Mucho se mejora esta situacion, mucho se ordena ese cáos, por la formacion del Fuero Real. Considerado éste en sí propio, es muy superior á todos los municipales: considerado en

su unidad objetiva, y comparándole con la anárquica multitud á que debia reemplazar, no puede haber cotejo, ni es admisible confrontacion alguna. El Fuero Real es ya una obra de arte; casi íbamos á decir de filosofía. Es un código, cuando aquellos no son más que informes aspiraciones; es un libro de razon, cuando aquellos no són más que confusas páginas de desordenados instintos.

El libro IV del mencionado Fuero comprende su derecho criminal. En éste se encuentran, como en el civil, notorios adelantos á lo que en leyes semejantes habian dispuesto sus predecesores. La multa, el *echamiento de la tierra* y la muerte, siguen siendo, casi sin excepcion, las penas que se imponen á todos los delitos; pero la muerte se prodiga ménos; y en la aplicacion de las multas—pena divisible, y que podia más bien que otras proporcionarse á los delitos,—se advierte de un modo notorio el deseo de ordenar una escala, y de aplicarla en esas reglas de proporcion.—Una sola y curiosa ley citaremos como comprobante de esta verdad.

Es la 3.ª del tít. 5.° del expresado libro IV, en la cual se establecen las penas contra los que dieren golpes ó causaren heridas. «Todo home (dice) que firiere á otro en la cabeza ó en la cara, de que no saliere sangre, peche por cada ferida dos maravedís: é si le firiere tal ferida en el cuerpo, peche por cada ferida un maravedís: é si firiere cuchillada, ó otra ferida que rompa el cuerpo, y llegase al hueso, peche por cada ferida doce maravedís: é si rompiere el cuerpo é no llegase al hueso, peche seis maravedís: y estas feridas no monten mas de fasta treinta maravedís. E si le sacaren hueso de la ferida, por cada hueso peche cien sueldos, fasta cinco huesos: é si le firiere en el rostro, de guisa que fin que señalado, peche la caloña (la multa, la pena pecuniaria) doblada: é si le firiere ferida porque pierda ojo, ó mano, ó pié, ó toda la nariz, ó todo el labro, peche por cada miembro doscientos y cincuenta sueldos; y esto monte fasta quinientos sueldos; é si perdiere el pulgar, peche veinticinco maravedís: é por el otro dedo cabél junto á el) peche veinte maravedís: é por el tercero dedo, peche quince maravedís: é por el cuarto, diez maravedís: é por el quinto, cinco maravedís: é la meitad de esta caloña peche por los dedos de los piés en la manera que es dicha de las manos: si perdiere dientes, por cada diente peche diez maravedís: é si fuere de los cuatro dientes de delante, quier de los de-

suso, quier de los de yuso, peche por cada diente quince maravedís: é por la oreja, diez maravedís: y estas caloñas puedan montar fasta quinientos sueldos..... etc.»

No es aquí ocasion de discutir semejantes penas en sí mismas, ni para eso hemos copiado la ley. Traémosla solo para demostrar cómo surgian ya en aquel tiempo las idéas de escala y proporcion; cómo se buscaba una pena mayor para lo que se estimaba mayor delito: cómo en la nocion de este entraba por mucho la consideracion del daño causado. Apruébese ó no se apruebe el sistema general de la penalidad, no puede negarse que el legislador procuraba señalar grados en ésta, y acomodarla, multiplicándola ó dividiéndola, á los grados que su razon le indicaba en el crímen.

Por lo demás, el Fuero Real ha sido un código desgraciado en la historia de nuestro derecho. Obra digna y notable de indígena y española legislacion, fué muy luego eclipsado y confundido por la gran concepcion de las Partidas. El mérito artístico, literario, legislativo, doctrinal de éstas, ofuscó aquel otro mérito más modesto, aquel otro resplandor más templado y suave. Lo que era solo producto del buen sentido, aplicándose á los instintos propios, no se pudo comparar con lo que era obra de la ciencia, de la erudicion, del estudio filosófico, de la concurrencia en uno, así de la antigüedad como de la Europa contemporánea. La luna, aunque esté llena, no brilla cuando sale el sol: el Fuero Real debia, por la misma causa, oscurecerse, cuando saliese á luz esa obra gigantesca, enciclopedia española de los siglos medios.

De cualquier modo que sea, y por más defectos ó mas desgracias que reconozcamos en el Fuero Real, siempre queremos consignar y es necesario insistir una y otra vez en el adelanto que este código imprimia á la sociedad española, áun en el punto mismo en que era más defectuoso y atrasado. No hablamos aquí del progreso político y administrativo que se encierra en la unidad de la legislacion: no hablamos del término que tales leyes ponian á los mayores absurdos penales consignados en los Fueros y Fazañas de los concejos, de que hemos tratado más arriba. Otro adelanto además se lograba y consignaba en el nuevo código; y este otro adelanto es de tal importancia, que bien merece una especial conmemoracion. Tal es, no sólo el de la acusacion pública, que olvidada por algunos siglos volvia á surgir de nuevo con la legislacion

comun, con la legislacion merecedora de este nombre, sino áun del procedimiento de oficio, desconocido hasta aquella época, y que por primera vez encontramos, bien indicado, cuando no desenvuelto, en sus apreciables leyes.

La ley 1.ª del tít. 20, libro IV, consigna como principio la facultad de acusar de que estaba revestido todo hombre, como otra ley especial no se lo impidiera. La 3.ª distinguia entre los procedimientos de derecho público y los de derecho privado. La 8.ª establecia ya la actuacion que competia hacer al alcalde por razon de su oficio, aun *sin acusanza*, en determinada clase de crímenes. La 10.ª, 11.ª y 12.ª acababan de esclarecer este asunto, y no dejaban duda acerca del procedimiento correspondiente. Así, la justicia criminal tomaba su propio carácter: así, dejaba de estar sometido á la voluntad privada, lo que al interés social, y no al interés de los particulares, debia referirse. De este nuevo procedimiento á las idéas del ministerio público no hay más que un paso: el Fuero Real abria la senda: la jurisprudencia y la reflexion marcharian pronto por este camino.

Pero vengamos ya á hablar expresamente de las Partidas. No es esta ocasion de detenernos en su exámen; más sí lo es de decir algo acerca de ese célebre libro. Mucho se ha escrito acerca de él, y quizá se puede decir todavia algo interesante y nuevo. Hacerlo con extension, ni corresponde á este lugar, ni tendríamos espacio para realizarlo. Muy pocas palabras tienen derecho para exigirnos nuestros lectores: muy pocas queremos y debemos decir nosotros.

Ya lo hemos expresado en otra ocasion (1), y solo tenemos necesidad de repetir aquí nuestro sumario juicio sobre el código que nos ocupa.—«Como obra literaria no tiene igual, ni en su época ni en los dos siglos que le sigue: como elemento de historia, encierra sin duda datos preciosísimos para trazar la que no se ha escrito todavía de nuestra nacion: como coleccion de leyes, como cuerpo de derecho público y privado, como código de un pueblo grande y poderoso, como expresion de sus idéas y satisfaccion de sus necesidades sociales, de seguro no nos presenta la edad media un monumento tan respetable y acabado, en la duracion de muchos siglos, y en la extension de todas las naciones de Europa. Aun los códigos

(1) Estudios de legislacion. Madrid, 1843.

modernas compilados de ochenta años á esta parte bajo las idéas de los nuevos principios no pueden desdeñarse de ver á su lado ese antiguo rival, producto del siglo décimo-tercero: pues si es claro que no compite con ellos en bondad y perfeccion absoluta, tambien es indudable que no les cede en mérito relativo, habida consideracion al tiempo y á las circunstancias en que fué redactado.

Y sin embargo—debemos añadir ahora—esa obra maestra de la ciencia legislativa de nuestros mayores, habia de tener alguna parte desigual y endeble, y esa parte no pudo ser otra que la penal. Como monumento histórico puede valer la sétima Partida tanto como valen las seis que la preceden: como obra de ciencia y de derecho, está en un grado muy inferior respecto á esas otras.

Ni ¿cómo habia de ser de distinta suerte? Las Partidas se redactaron teniendo á la vista la legislacion romana, y empapándose en el espíritu de sus jurisconsultos: ahora bien, ya hemos examinado esa legislacion, y hemos juzgado su parte penal con la dura justicia que nos era indispensable.

No busquemos, pues, aquí una ciencia imposible, y no extrañemos ni los defectos ni áun las contradicciones que saltan á los ojos.

A veces encontrarémos hasta que se retrograda y empeora, comparando los preceptos de este código con los del Fuero-Juzgo. La ley goda, por ejemplo, sentaba como principio la intransmisibilidad de la pena, ó sea su exclusiva aplicacion al mismo que cometiera el crímen, sin que pudiese pasar del padre al hijo, del hijo al padre, ni del hermano al hermano. Ménos razonable y ménos humana á la vez la ley de D. Alfonso, hace algunas penas extensivas á los descendientes de los criminales, y prodiga contra ellos castigos que repugnan á nuestras primeras idéas de justicia.

A veces encontramos que el legislador sienta un principio, y que seguidamente peca contra él. Dispone, por ejemplo, que la pena de muerte no se ha de aplicar jamás apedreando al delincuente; y en otra ley poco distante manda apedrear al moro que yoguiere con una vírgen cristiana. Establece que no se ha de marcar el rostro del hombre, hecho á semejanza de Dios; y condena luego á la marca misma al que blasfemare por segunda vez. La razon aparecia como regla: el error, hijo de la costumbre, brotaba luego en las aplicaciones.

Aun prescindiendo de estos defectos que hemos señalado, y de los mil otros pormenores que pudieran en igual suerte designarse, siempre nos resultarán hartos motivos de censura, solo con la inspeccion general del espíritu y de la índole de aquella ley. Tambien aquí, como en el Fuero Juzgo, se desconoce la verdadera naturaleza del delito, confundiendo su horizonte con el del pecado: tambien aquí, como en aquel, se desconocen el objeto y los límites de la pena, confundiendo la justicia absoluta con la justicia social, y no dando á los principios utilitarios y materiales la parte que deben tener en las instituciones humanas. Si algo adelanta en templanza y dulzura respecto á la penalidad admitida en los Fueros municipales, no puede decirse otro tanto, haciendo la comparacion con el código wisigodo ni con el Real. La confiscacion y la infamia se prodigan como en las leyes del Imperio: la lucha judicial se admite como un supremo recurso; y el tormento, en fin, esa mancha de aquellas sociedades, se ve extendido en su aplicacion, y despojado de las garantías con que hemos visto ántes que le rodearan y le dificultaran los Padres de los concilios de Toledo.

Hé aquí cuáles fueron los orígenes de la legislacion criminal de D. Alfonso: por lo que hace á los crímenes y delitos comunes, el código de Justiniano: en lo que podia rozarse como cuestiones religiosas, las Decretales, ese Digesto eclesiástico de la edad media: respectivamente, en fin, á los delitos del nuevo órden social que Roma no pudo prever, y que debian su aparicion á la sociedad de esa misma edad media, los Fueros y tradiciones, las *Fazañas* y *Albedríos* de la propia edad. ¿Qué mucho que no se acertase con lo que hoy inspira la ciencia, cuando se procedia de fundamentos tan poco científicos? ¿Qué mucho que la buena filosofía no iluminase en esta materia á aquel legislador, cuando toda la filosofía de entónces estaba reducida, y no podia ser de otro modo, á una repeticion de la griega, traida recientemente á Bolonia por eruditos bizantinos? ¿Qué mucho que los Decretales y los Fueros hiciesen sentir una influencia tan extraordinaria, cuando aquellas eran el espíritu eclesiástico, y estos el espíritu social?—Si Alfonso de Castilla y sus colaboradores, sin ningun género de precedentes, porque no los tenian, hubiesen ordenado una legislacion criminal semejante á la civil que redactaban, no habrian sido meramente grandes legisladores y grandes hom-

bres, sino un misterio, un milagro, un fenómeno indescifrable en la historia de la humanidad y del mundo. Lo que hicieron basta para su gloria, aunque para la humanidad y el mundo no haya bastado.

Despues de las Partidas, y desde el siglo XIII hasta el XIX en que vivimos, no se han hecho en España códigos ni civiles ni criminales. Hánse redactado cuadernos de leyes, ó llámense Ordenamientos en algunas córtes, hácia el fin de la edad media: hánse dictado leyes sueltas en gran número, ora en el órden civil, ora en el órden criminal, pretendiendo llenar con sus preceptos los vacíos que en la sociedad se notaban, y satisfaciendo, ó procurando satisfacer, cuando eran sentidas, las públicas necesidades: hánse formado, en fin, esas colecciones más ó ménos artísticas y completas, á que se ha llamado Recopilacion, y en las cuales se comprende, ó se ha debido comprender, todo nuestro reciente derecho. Pero código no se ha ordenado ninguno. Ningun legislador se ha propuesto íntegra y sintéticamente el problema social. En el año de gracia de 1800, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas comprendian aún nuestros códigos criminales, salvo en lo que especial y detalladamente estuviese modificado ó reformado por especiales disposiciones.

La doctrina de Savigny, la doctrina histórica, ha dominado, pues, por seis siglos nuestra sociedad.

Y las consecuencias que esa doctrina tuvo por entónces, no pudieron ser más desgraciadas. En todo ese tiempo nada se adelantó: por el contrario, puede decirse con exactitud y con justicia que se atrasó mucho, si se atiende á los nuevos, inmensos medios de que pudo y debió disponer la sociedad, á los adelantos intelectuales y morales que se verificaron en la misma y ante la misma.

Todos los absurdos, todas las crueldades que distinguian nuestra legislacion criminal de hace seis siglos, todos ellos han llegado, en su completa crudeza, hasta el siglo presente. El tormento, solo se ha abolido por las córtes en 1812, y por el rey Fernando en 1817. La confiscacion tambien se ha abolido únicamente por las mismas. Los azotes, la marca, la mutilacion estaban aún vigentes, y todos hemos visto aplicar la primera de estas tres penas: si no se usaban (que lo ignoramos) las otras dos, efecto era de la arbitrariedad judicial, ese otro singular dogma de nuestras modernas leyes criminales. La

pena de muerte seguia aplicada á los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas, ó valor de una peseta en Madrid; y en este punto no solo estaba la aplicacion en las leyes, sino que pocos años há se ejecutaban estas con una severidad draconiana. La sodomía y la heregía eran tambien crímenes mortales; y las hogueras de la Inquisicion se han encendido más de una vez para los judaizantes y los hechiceros.

Hé aquí lo que habíamos adelantado en seis siglos, los últimos de los cuales habian sido de grandeza, de poder, de ilustracion.

Y aún todavía nos falta una pincelada esencial en este cuadro, todavía nos falta referir una disposicion característica, que ya hemos indicado, pero que no debe quedar confusa ni olvidada en la historia de nuestra ley penal.—Cuando llegó un momento en que no solo la conciencia comun se sublevó contra el sistema de sus leyes, sino en que muchas de estas fueron materialmente inaplicables, por los cambios ocurridos en toda la faz de la sociedad; entónces el legislador tomó el partido más breve y más sencillo, y dejando de buscar y de señalar él la pena que correspondiese á cada crímen, autorizó á los tribunales para que prudencial, esto es, arbitrariamente, impusiesen el castigo ó correccion que creyesen más adecuado, ó más merecido, segun la índole y la naturaleza del delito que se les presentara.

Así, ninguna nueva y más exacta definicion del crímen: las mismas ó casi las mismas penas que en los siglos medios; y por complemento, la arbitrariedad, reconocida y ordenada como principio en nuestros tribunales: hé aquí la idea perfecta del derecho penal que nos ha regido hasta los momentos presentes.

Si semejantes absurdas instituciones han podido sufrirse, si la sociedad entera no ha lanzado de contínuo un grito de horror contra tan bárbaro peso como era el que le aquejaba, esto es fácil de concebir y de explicar cuando se consideran los muchos concordantes motivos que lo han ocasionado. El hábito de verlos constantemente, de no haber conocido su principio, quita una parte de su dureza á los más duros preceptos, porque nos familiariza con sus disposiciones; ni áun cree el mayor número que lo que siempre contempló de una manera, pueda ser, á la verdad, de otra manera distinta. Despues de esto, el objeto de la legislacion penal son los hombres

criminales; y ha sido necesario todo el gran progreso moderno de la filosofía, para que en esos hombres se reconozca real y verdaderamente prójimos, dignos de nuestra consideracion, dignos de nuestro interés. No hace tanto tiempo que á cualquier acusado se le consideraba como á un enfermo de peste, con quien no era un deber la caridad: no hace tanto tiempo que, repugnando la propia conciencia lo que las leyes penales establecian, inclinábase, sin embargo, la frente delante de sus preceptos, y se atribuia á estos mismos una superioridad misteriosa de experiencia y de razon, que no consentia dejar de respetarlos. La santidad característica de la ley balanceaba la impiedad ó el error de sus disposiciones.

Y despues de todo, esa arbitrariedad misma erigida en sistema, dulcificando hasta cierto punto los más crudos castigos de las antiguas leyes, aplicando en medio de su barbarie el contrapeso del buen sentido y de la humanidad, servia de lenitivo á la inmensidad de sus males, y hacía más llevadera su subsistencia. La arbitrariedad, que es en este punto la injusticia y el desórden, era, sin embargo, un bien, como correctivo de otra injusticia mayor, de la barbarie del precepto. ¡A tal punto de confusion se habia llegado, que aquella, un mal, era remedio de otro mayor mal; y que sin lo vago y anárquico, lo fijo y lo permanente se habria encontrado insoportable!

Mas no se crea que esta desgraciada situacion ha sido en los tiempos modernos propia y peculiar de nuestra España. Toda Europa marchaba por el mismo camino; toda se ha igualado en esta materia por el mismo nivel. Procediendo en toda ella la ley; primero de la legislacion romana, y despues, de las costumbres que trajeron los pueblos germánicos, en toda ella han existido los mismos orígenes, y han producido frutos semejantes á los de la Península. La barbarie, la ignorancia, el feudalismo, generales fueron por donde quiera. Si nosotros hemos tenido alguna institucion particular, la Inquision por ejemplo, cuyo efecto fuera desastroso; en otras naciones ha habido tambien hechos particulares, que han producido para la legislacion idénticos resultados. Aun en cierto tiempo les hemos llevado ventajas, y sobresalido por la ilustracion en medio de todas. Las partidas no tienen nada igual, no digamos en Alemania, en Francia, en Inglaterra, pero ni áun en Italia misma. El siglo de los Reyes Católicos y el de Cárlos, brilla entre cualesquiera otros siglos de esta parte del mundo.

Era, pues, una misma la condicion de todos los paises européos en la materia de que vamos hablando. Las repúblicas de Italia no respetaban más los derechos del hombre, que los estados monárquicos de esta parte de los Alpes. En Francia se atormentaba como en Castilla, se quemaba como en Castilla, y se despedazaba á un reo vivo entre cuatro caballos, lo cual nunca se hizo en Castilla. En Inglaterra, si habian tenido la fortuna de conservar un principio de humanidad y de justicia en el procedimiento, la ley penal era tan bárbara y atroz como podia serlo en cualquiera otra parte. Allí sucedia en realidad con el jurado, lo que ha sucedido entre nosotros con la facultad arbitraria concedida á los tribunales: cuando la ley señalaba un castigo repugnante, el jurado absolvia, declarando no culpable al reo. Desórden tambien como el que notábamos entre nosotros; pero desórden que, lo mismo que aquí, tenia á su favor la humanidad, y se recomendaba á la indulgencia de todos los hombres que sintiesen algo en su corazon.

Ahora bien: ¿era posible que semejante situacion se eternizase? ¿Era posible que esa bárbara y anárquica rutina, que por tantos siglos venia constituyendo la jurisprudencia, no tuviese, en fin, su término providencial, sustituyendo á semejantes leyes otras leyes dignas de este nombre, y llenándose aquel vacío de doctrinas, con doctrinas que satisfaciesen la humanidad y la razon? Cuando la filosofía moderna cambiaba la faz del mundo, cuando su espíritu inquiria el por qué de todas las cosas, cuando la razon ascendia á un solio más elevado que los solios de los Reyes; imposible era que sus efectos no alcanzasen á la esfera de esta ley, y que esta ley no se reformara y progresara, en medio de la reforma y del progreso comun.

Tarde quizá, más tarde que en otras materias, llegó ese acontecimiento que la inteligencia señalaba como preciso; pero llegó, en fin, como no podia ménos de llegar. A la segunda mitad del siglo XVIII el lombardo Beccaria somete al tribunal del corazon la obra del absurdo y de la ignorancia; poco despues el inglès Bentham, la somete al tribunal del análisis. Al mismo tiempo la revolucion francesa conmueve y trastorna el mundo. Al reconstituirse aquel estado, Napoleon ordena su inmortal código. La teoría toma posesion de los hechos. La doctrina filosófica es ya la base del derecho penal.

Pasamos ligeramente sobre estos acontecimientos, porque son historia contemporánea. El progreso de la legislacion pe-

ñal, el cambio inmenso que en sus doctrinas y en sus disposiciones se ha verificado de ochenta años á esta parte, de nadie es ciertamente desconocido. Las teorías modernas sobre esta materia llenan y satisfacen el mundo. Los códigos ó las leyes se han multiplicado por donde quiera. Cae la obra de los pasados siglos, y se eleva en su lugar la obra del siglo presente. La atencion pública se dedica con preferencia á este objeto; y la razon universal dice sin contradiccion lo que hemos dicho nosotros al principio de este Discurso: ni en el órden cronológico, ni en el órden de íntima y verdadera importancia, hay ley alguna que aparezca primero, ni que tan alto se eleve, como la ley penal. Ella es la primitiva, ella es la más alta y digna de todas.

Cuando este movimiento que acabamos de describir, nació, y creció, y se realizó en medio de Europa; nuestra España, aunque colocada en sus límites extremos, no pudo dejar de seguirlo, no pudo ser extraña á su influencia. La levadura filosófica fermentó tambien en su seno. La ilustracion se derramó por sus provincias. Los Ministros de nuestros Reyes Borbones auxiliaron y favorecieron la aparicion y la dilatacion de la luz. El Consejo de Castilla consintió que las obras de Beccaria y de Filangieri corriesen en castellano, y las defendió contra el Santo Oficio que las amenazaba. Campomanes y Jovellanos proclamaron la necesidad de las reformas; y la del derecho penal iba comprendida, como otras mil, en sus intentos. Lardizábal, otro magistrado, se hacía el auxiliar de aquellos inmortales escritores. El mismo Bentham pasaba los Pirinéos desde principios de nuestro siglo, ántes de que estallase la revolucion en nuestras provincias, ántes de 1808 y 1810.

No hay necesidad de decir si en las épocas ó en las situaciones que esas dos fechas inauguran, se fijaria la atencion en la ley penal. El gobierno de José Bonaparte, procedente del imperial de Francia, queria de seguro importarnos los códigos de aquel Estado; á la manera que nos queria importar otras mil instituciones del propio orígen. Si él hubiese continuado, las leyes francesas habrian sido traducidas: toda la legislacion napoleónica habria venido á regir de este lado del Pirinéo. Por lo que hace á las Córtes de Cádiz, casi desde el primer momento de su reunion indicaron en este particular el propósito que las animaba: solo la imperiosa y preferente necesidad de la guerra pudo ser parte para que no llevaran á cabo su glo-

rioso pensamiento. Aun así, ya consagraron algunos artículos en su constitucion de 1812 á la administracion de la justicia criminal, y fijaron principios, dignos de la altura á que se habia elevado esta parte de la ciencia del derecho.

El hecho es que, desde por aquellos años, la necesidad de la reforma estaba completamente sentida, y no podia tardar la reforma misma en realizarse. Ya en los tiempos que corríamos, era la opinion, más que nunca lo habia sido, la reina del mundo; y cuando verdaderamente se pronunciaba por cualquier idéa, ésta no podia ménos de triunfar y de elevarse á la dominacion. Pues que la conciencia pública condenaba sin piedad lo existente, lo existente debia muy luego desaparecer.

Queremos ocuparnos aquí de una nueva y científica dificultad que en el presente siglo se ha suscitado acerca de las reformas legislativas. Verdad es que, en rigor, ha sido algo más reciente que la época á que vamos aludiendo: en 1808 y 1810 no surgia aún esta controversia, pero nació de allí á poco, y quizá se la presentia en aquellos mismos instantes. El abuso de las reformas racionalistas se habia palpado ya en algunos países, y era natural y sencillo que apareciese la teoría llamada histórica, á la cual hemos hecho más arriba una ligerísima alusion.—Hablemos, pues, de tan importante materia.

Cuando en el siglo anterior la célebre filosofía reformadora, llamada la filosofía por antonomasia, consiguió alzarse con el dominio del pensamiento, y decretó en su triunfo la revision de todas las legislaciones; arrastrada por el espíritu revolucionario, que era su espíritu; llevando instintivamente por objeto el mayor trastorno y la mayor perfeccion posible de la sociedad, no pudo ni áun poner en duda por un solo instante que eran códigos nuevos, cuerpos completos, legislaciones enteras, las que reclamaba la humanidad, y las que ella estaba destinada á proporcionar al mundo. Su pensamiento natural, sencillo, necesario, fué el de acabar con todo lo existente, en cuanto lo existente era del todo condenable, y levantar un edificio de nueva planta en lugar del que derruia. Y volvemos á decir que ese espíritu y ese intento no eran de índole perversa, ni indicaban el horrible placer de una destruccion reflexiva y criminal: procedia en ello el sistema filosófico con una cándida espontaneidad, con una conviccion tan profunda como inocente, con una perfecta consecuencia de la idéa que le habia traido, del fin providencial á donde en-

caminaba sus pasos. El nombre de ese fin y de esa idéa era este solo nombre: *revolucion*.

Por eso la asamblea nacional de Francia hizo la constitucion de 1781, y no un mero *bill* de derechos, como las cámaras inglesas de 1688: por eso el primer cónsul Bonaparte hizo redactar en el Consejo de Estado los célebres códigos civil y criminal que han llevado su nombre, el nombre de Código-Napoleon.

Pero cuando pasó el primer empuje revolucionario, y la razon desapasionada pudo calcular las consecuencias de aquel, fué natural cosa que se presentaran algunas dudas sobre la conveniencia de todo lo que se habia emprendido, particularmente en la forma que se habia emprendido. ¿No se habia llevado muy allá el instinto de destruccion y el sistema del trastorno completo? ¿No se habian pasado en este punto los límites racionales? ¿No se habian comprometido las mismas reformas por el giro revolucionario que la ordenara y la presidiera? ¿Habia necesidad de tanto, y no era injusto cuanto no fuera preciso?—Hé aquí lo que en todas las materias que habian sido objeto de la revolucion, pensó y dudó, y no pudo ménos de pensar y dudar, la inteligencia humana.

Contra el elemento racional, que desbordadamente corriera, y que sin límite lo habia inundado todo, se levantó el elemento histórico, que sostenia la conservacion de cuanto pudiera conservarse. Cayó en descrédito para muchos la causa constitucional de 1790, con cuanto le era adherente, y cobró favor la imitacion del *bill* de derechos de Inglaterra, y de cuanto le era análogo. La necesidad de la reforma no se extinguió de seguro; pero se le fijaron otros límites y otro proceder. Ya no se quiso destruir sino lo ménos posible, y conservar todo lo que no fuera absolutamente condenable. A la época del liberalismo sucedió la época que se ha llamado doctrinaria. A la constitucion de la asamblea nacional sucedió la carta de Luis XVIII.

Este fenómeno natural, indispensable, que traia en política la eterna ley de las reacciones, se verificaba tambien en la esfera de la legislacion. Lo que en aquella representaban la constitucion y la carta que acabamos de citar, representaban en esta segunda la codificacion y las leyes especiales, el sistema de la escuela racional y el de la escuela histórica. Proponíase el primero hacer nuevos y completos códigos, reformar plena-

mente las legislaciones, que tenia en gran parte, cuando no en todo, por malas: sostenia el segundo que era necesario no tocar en su generalidad á lo que habia hecho santo y legítimo la sucesion de los tiempos, y que podia alcanzarse todo bien, y mayor aún que por el otro arriesgado camino, derogando y modificando cada una de por sí, y con la detencion conveniente, las leyes especiales que lo necesitasen.

Esta contienda, que hace algunos años se formuló en Alemania, y que de allí ha corrido por todos los pueblos europeos, tuvo por principales sostenedores, de la una parte, á Savigny y á sus discípulos; y de la otra á Thibaut y á los suyos, á la escuela de Bentham, á la mayoría de los jurisconsultos franceses, españoles é italianos.

Llevados naturalmente nosotros á decir sobre ello algunas pocas palabras, nos queremos limitar exclusivamente á lo que es objeto de nuestro discurso, á la legislacion española, y en particular á la legislacion penal. Concretando la cuestion de esta suerte, dejámosla abierta y sin resolver en todas sus demás fases, que, cierto, no son poco numerosas.

Y no nos valdremos de seguro para decidirla en pro de la codificacion, de una observacion que hemos apuntado de antemano; á saber, el ningun progreso que nuestra ley penal ha tenido por espacio de seis siglos, durante los cuales solo se habian intentado esas leyes especiales que Savigny recomienda. Pudiera oponérsenos sin duda que el mal era de las idéas y de los tiempos; y que si aquellas leyes no habian hecho progresar nuestra legislacion, el intento de todo un código tampoco habria traido consecuencias más útiles. No queremos discutir este argumento, aunque del todo no nos convence; y lo pasamos como decisivo, bien que en nuestro concepto no lo sea. Damos que en el siglo XVI, XVII, XVIII, no haya podido hacerse un buen código. Pero ¿no es posible en el siglo XIX? Pero ¿no lo reclama hoy el estado de nuestra legislacion? Pero ¿no sería con él más completa, á la vez, y más fácil su reforma? ¿En dónde estaban, por último, ni las dificultades ni las desventajas de este propósito?

Que no se intente una variacion completa cuando existe mucho que deba conservarse, es un principio que indica el buen sentido, y que la razon más severa aprueba y sanciona. Ni en derecho, ni en política, ni en ningun objeto, en fin, de los que pueden hacer y deshacer los hombres, es útil ni oportuno un

trastorno radical, una destruccion de lo que existe, siempre que lo que existe es bueno ó siquiera soportable. La agitacion, la destruccion, el trastorno, son males ya de por sí, que acaban con los hábitos, que dan por tierra con los más santos prestigios, que acostumbran á un sendero lleno de vacilacion y de zozobra. ¿Quién ha de decir lo contrario? ¿Quién no ha de conocer tan evidente verdad?

Pero esa doctrina no tiene aplicacion en el estrecho caso en que hemos colocado nuestro debate. De la legislacion penal española, nada era digno de respeto, nada era digno de conservacion, ninguna parte se podia reservar para la regla de la sociedad futura. Toda, toda entera, se necesitaba trastornarla. Habíamos menester escribir los principios de la ciencia, que no estaban escritos: habíamos menester ordenar sus aplicaciones, que no estaban ordenadas ni hechas. El carro de la destruccion y de la reforma debia pasar sobre el edificio ruinoso, porque no habia en él apenas un arco, apenas una columna, que pudiera ni debiera conservarse.

Dejemos, pues, esa disputa de las escuelas racional é histórica, ó para otros países, ó para otras legislaciones. En España, y tratándose de las leyes criminales, el sistema de la codificacion, el sistema del cambio absoluto, era el único legítimo y el único posible. Aun en cualquier país, semejantes leyes son y han de ser siempre las más transitorias, y como tales, las que con más facilidad han de poderse reducir á estos grandes cambios. Pero aquí y en el siglo presente, no encontramos ninguna razon sincera, que pudiese detener esta obra. Necesitábase salir del cáos, y hacer la luz: pues ¿por qué siendo posible, no habia de ser ésta completa y universal? ¿Por qué no se habia de sentar una base científica, á la cual nos convidaban todas nuestras circunstancias?

Hicieron, pues, lo que debieron los gobiernos españoles, que desde 1808 acá se han sucedido, en dedicar á la legislacion criminal sus atenciones y su desvelo: hicieron lo que debian en promover la formacion de un código penal, como nuestras necesidades públicas lo reclamaban. Si hay algun mal en ello, solo consiste en que ántes no se hubiese realizado.

Verificóse, sí, en 1822. Las primeras córtes que se reunieron despues del grito liberal de 1820, emprendieron este propósito con un celo digno de toda honra y alabanza. La comision encargada de proponerlo trabajó tan asíduamente, y el congreso

se aplicó á discutirlo con tanto empeño, como ya en estos tiempos no vemos trabajar ni á congresos ni á comisiones. En pocos meses, la una y el otro dieron terminada su obra. Sancionada por el rey, publicóse y comenzó á regir como ley del Estado.

No nos proponemos aquí hacer un juicio detallado de semejante código. Ha tomado esta introduccion mayores proporciones que las que hubiéramos querido, y ansiamos sinceramente por ponerla fin. Dirémos, solo, por tanto, algunas palabras, dejando para las Concordancias y los Comentarios que han de seguirse, la explanacion y la comprobacion de nuestro juicio.

El código de 1822 es un código científico. La ciencia del derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo, mejoraba inmensamente la situacion penal de la nacion. Pero es á veces demasiado duro: transige demasiado con antiguas preocupaciones españolas, muy vivas aún en aquella edad, y casi borradas en la que corremos: es, por último, difuso, y sacrifica la claridad, la sencillez, el mérito legislativo, á pretensiones artísticas y áun vanidoso aparato literario. Hay en él algo de Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código-Napoleon. —Volvemos á decir que en el progreso de esta obra se multiplicarán las ocasiones de juzgarlo en cada uno de sus preceptos y de comprobar lo que hemos emitido sumariamente en estas pocas palabras.

De cualquier modo que sea, el gobierno liberal de España habia cumplido animosa y vivamente con su deber. A los dos años de su establecimiento daba medianamente resuelta una cuestion, que tantos siglos de poder absoluto no habian concebido siquiera, que la filosofía del décimo-octavo no habia planteado.

Pero la desgracia de su orígen debia recaer muy luego sobre la obra. La proscripcion general contra todo lo que habia hecho el liberalismo, no podia eximir de sus rudas, bárbaras condenaciones, al nuevo y adelantado código. En la necia y universal reaccion de 1823, estaba escrito que quedase ahogada aquella obra de la inteligencia. Parecia mejor sin duda á los vencedores el contexto de la sétima Partida, y la edificante humanidad de las pragmáticas de Felipe V, que lo que se habia decretado en nombre de la libertad y de los imprescriptibles derechos de nuestra especie. Mirado como hijo de

la Constitucion, compartió aquel código el terrible anatema que pesaba sobre su madre.

Sin embargo de esto, era tanta, tan urgente, tan visible la necesidad de la reforma que él habia acometido, que áun proscribiéndole y declarándole nulo, no podia ménos el gobierno, cualquiera que fuese, de tratar de sustituirle, y de reemplazar de algun modo su obra. No valia el sublevarse contra las tendencias revolucionarias que habian dado el ser á tal opinion: no valia el enfurecerse contra el liberalismo, cuyo espíritu animaba á la nueva ciencia del derecho penal. La ciencia no dejaba de existir por eso: la necesidad no era ménos notoria: la opinion no era ménos omnipotente. Pudo la reaccion acabar con ese código, porque le habian hecho las córtes; pero tuvo que nombrar una junta ó comision de magistrados, para que prepararan otro con el cual se satisfaciese su mismo objeto. —La anarquía legislativa y la ignorancia se confesaban vencidas: la ciencia recibia su consagracion de sus propios adversarios.

Cuando se acababa de preparar este segundo proyecto de ley penal, murió el rey Fernando VII, y ocurrieron las grandes novedades políticas de 1833. En 1834 se volvieron á abrir las córtes. El sistema liberal triunfaba y dominaba de nuevo. Á esas córtes se presentó el proyecto de que acabamos de hacer conmemoracion. Si ellas no llegaron á discutirle, impedidas por otros más urgentes trabajos, la luz pública se apoderó de él, y la opinion de los hombres entendidos pudo juzgarle y calificarle.

Sobre este mismo proyecto no dirémos más sino que hacía desear infinitas mejoras. Trabajado por el gobierno absoluto, y para el gobierno absoluto, conocíansele bien su orígen y su objeto. Ciertamente era mejor que lo antiguo; pero nada moderno hemos visto tan incompleto y tan defectuoso. Si le hubieran discutido, habrian tenido que hacerle de nuevo las córtes.

Otro distinto, preparado despues por una nueva comision, y redactado hácia el año de 1839 ó 1840, no ha llegado nunca á publicarse ni á presentarse en los cuerpos colegisladores. Justo es, sin embargo, decir para los que tienen de él alguna noticia ó idéa, que esta obra ha sido muy superior á la precedente, y digna sin la menor duda de la ciencia del derecho y de la época en que se redactaba. Una crítica general podria hacerse de ella, y consiste en su extraordinaria concision. El

brevis esse laboro obscurus fio de Horacio, puede desgraciadamente aplicársele con plena é irrecusable justicia.

Tal era la situacion á que habíamos llegado en España, por los años de 1843. La opinion, constante en su tendencia, exigia cada vez con más imperio que se satisfaciese una tan notoria necesidad. Mirábase ya como un desdoro que fuesen trascurridos diez años en la nueva reforma, y que no se hubiese obtenido, ni áun quizá emprendido de veras, la de nuestras leyes criminales. Lo que se hizo en la primer época constitucional demostraba bien que mucho puede hacerse cuando hay voluntad decidida de hacerlo. La guerra y sus preocupaciones hubieran podido ser excusa por un año; pero no por otro y otro, hasta nueve ó diez, de tal y tan vituperable tardanza.

El gobierno provisional, que en la época á que aludimos fué por algunos meses el soberano de la nacion, tuvo la gloria de fijarse en sus ideas, y de dar, consiguientemente, á las mismas, el impulso que debia producir útiles resultados. La historia de nuestros nuevos códigos recordará siempre con aprecio el nombre del Sr. Lopez, á quien estos habrán debido su existencia.

Era á la verdad aquella una época favorable para emprender su formacion. Por primera vez, al cabo de mucho tiempo, se unian en un espíritu de paz y de concordia las dos grandes fracciones de nuestro partido liberal. Podíanse, pues, amalgamar muchos de los más distinguidos nombres que en ellas se contaban, comprendiéndolos en una sola comision, sin que se desdeñara ninguno, ni encontrase obstáculo para concurrir y trabajar con sus compañeros. La política militante concedia una trégua preciosa, y era tan hábil como patriótico el aprovecharla.—Si desgraciadamente esa situacion habia de terminar, ó por culpa de unos, ó por culpa de todos, ó por la misma naturaleza de las cosas, el impulso al ménos quedaria dado, é impreso con acierto, debíase esperar que no se extinguiese sin consecuencias útiles.

Los resultados han hecho ver que eran justas tales idéas, que eran convenientes tales propósitos. La comision aceptó con entusiasmo el encargo que se le confiaba, y se dedicó á él con toda la espontaneidad de hombres que se honraban de sus puestos. Su digno presidente D. Manuel Cortina acababa de infundir en sus deliberaciones todo el espíritu de órden y de actividad que le distingue, y aprovechaba la comun disposi-

cion de la manera más fructífera y ventajosa. Cuando llegó despues este triste caso, que ya hemos dicho podia llegar, lo que estaba hecho no permitia que se abandonase al propósito. Con más ó ménos prontitud, la obra habia de concluirse. La batalla estaba ganada, por lo ménos respecto al código penal, el primero que se emprendiera (1).

Razon es ya ciertamente. Si el estado de la sociedad y de la ciencia, de muchos años á esta parte nos lo pedia; si los trabajos que se multiplicaran desde la primera época constitucional á la que brevísimamente hemos aludido, lo reclamaban; no lo pedia, ni lo reclamaba ménos la comparacion que saltaba á los ojos entre nuestro estado y el de las demas naciones de Europa en este punto. Desdoro sería ya que continuásemos por más tiempo sujetos á la bárbara legislacion penal del siglo XIII, ó á la proclamada arbitrariedad del XVIII, mientras que los demás pueblos de esta parte del mundo y algunos del nuevo continente, habian reformado y ordenado esta parte de su derecho, de una manera más ó ménos satisfactoria, pero siempre racional y científica.

Francia, Italia, Alemania, no habian sido más afortunadas que nosotros en materia penal, desde que, hundido el antiguo imperio romano, nacieron y fueron organizadas sus monarquías ó sus repúblicas de los siglos medios. Las leyes que rigieron á tales paises, valian inmensamente ménos en el derecho civil y tan poco en el derecho penal, como nuestras leyes del Fuero Juzgo y de las Partidas. Venidos los tiempos posteriores, cuanto para deshonra nuestra admitió la Recopilacion, otro tanto para deshonra de ellos fué admitido por sus legislaciones respectivas. La barbarie y el cáos en los suplicios, el absurdo en las bases del procedimiento, es casi hasta nuestros dias la condicion general de la Europa. Por do quiera hallamos el tormento, la mutilacion, las hogueras, todo el aparato

(1) Queremos consignar aquí los nombres de los que compusieron esta comision de códigos, y tomaron parte en la formacion del código penal. Ademas del Sr. D. Joaquin María Lopez, que la instituyó y que concurrió á ella en los primeros momentos, se compuso de los Sres. D. Manuel Cortina, su primer presidente, D. Juan Bravo Murillo, qué le reemplazó en este cargo, D. Claudio Anton de Luzuriaga, D. Florencio García Goyena, D. Francisco de Paula Castro y Orozco, D. Manuel de Seijas y Lozano, D. Manuel Perez y Hernandez, D. Pascual Madoz, D. Manuel García Gallardo, D. Domingo Ruiz de la Vega, D. José de Peña y Aguayo, D. Domingo Vila, D. Tomás Vizmanos, D. Cirilo Alvarez, D. Manuel Ortiz de Zúñiga, D. José Castro y Orozco, D. José María Claros, y el autor de esta obra. Deseáramos no haber olvidado á ninguno.

de la barbarie, áun para los delitos más ténues ó más imaginarios. Si en Inglaterra, y únicamente en Inglaterra, la institucion del jurado embota y disminuye semejantes males, áun allí mismo la parte penal no cedia en dureza ni en horror á lo que en los paises del continente se mostraba.

Pero desde los últimos años del pasado siglo, y más aún llegados los primeros del presente, todo ese gran edificio de confusion y de crueldad se iba desmoronando por do quiera, sustituyéndole la obra razonada de la ciencia y de la reflexion. Prusia y Toscana habian sido las primeras á reformar en el moderno espíritu sus leyes criminales. El código francés, que comprendió como todas las demás, esta importante materia, vino muy luego á difundir y vulgarizar la práctica de las nuevas teorías. Austria, Cerdeña, Nápoles, seguian su camino, con más ó ménos atrevimiento, con más ó ménos libertad, pero con progreso notorio. Y pasadas, por último, las llanuras del Océano, en el norte y en el mediodía de la América, se daban á luz otros códigos, que rigiesen paises, no semejantes á los de Europa, por cierto, ni en civilizacion ni en instituciones políticas, pero entre los cuales y los del antiguo mundo habia de comun las dos bases primeras de este órden de legislacion: la ciencia y la humanidad.

Más afortunados que nosotros esos pueblos de que hablamos, no habia habido en ellos reaccion de 1823; sus códigos no habian sido anulados por una restauracion monárquica: el progreso racional que les luciera, no se habia eclipsado, dejando en vez de él las crueles, desacordadas instituciones de anteriores siglos. Su ejemplo, su presencia, eran para nosotros un desdoro, casi un baldon.

Pero al mismo tiempo—¡compensacion que muy frecuentemente se halla en el mundo!—tambien podian sernos una múltiple guia y un múltiple faro. Si éramos llamados despues á entrar por ese camino, porque cuando lo emprendiéramos primeramente fuimos arrojados atrás con desastrosa catástrofe; si otros muchos podian tener la jactancia de haberle recorrido con anticipacion, tambien nosotros podiamos aprovecharnos de sus trabajos, de su experiencia, de sus aciertos, y áun de sus errores, para llegar más fácil y holgadamente al punto á que todos nos dirigimos. Nuestro código, hecho con posterioridad debia tener en cuenta todos los anteriores, para salir más perfecto y acabado que ninguno.

¿Ha sido en efecto así? ¿Ha conseguido esta gloria la comision encargado de formarlo?—Lo que podemos asegurar ciertamente, y con tanto conocimiento de causa, cuanto que por algun tiempo hemos formado parte de esa comision, es que todos nuestros propósitos, todos los de la comision entera, se han dirigido á conseguir esa excelencia, esa superioridad. Si no se ha logrado, culpa será del entendimiento de todos, pero no de nuestras intenciones ni de las intenciones de ninguno.

Estimando minuciosamente la parte que debe darse á la ciencia y la que debe darse á las costumbres y á los hábitos, la comision ha tenido presentes para su obra, por una parte las teorías de los filósofos criminalistas modernos y los preceptos consignados en todos los códigos recientes, práctica europea de la nueva civilizacion; y por otra las disposiciones de todas nuestras leyes antiguas y la jurisprudencia de todos nuestros tribunales. Considerar tales elementos y pesarlos, y darles en cada caso su lugar, esa indudablemente era su obra. Eso es lo que ha entendido hacer; eso es lo que ha verificado, llevando siempre por objeto este tan sencillo como árduo propósito: que el código que ella formára fuese á la vez el producto de la civilizacion, el espejo de la sociedad, y la satisfaccion de nuestras verdaderas y contemporáneas necesidades.

Y así en globo, como en este lugar es fuerza que discurramos, sin descender ahora á pormenores que tendrán su propio lugar en los comentarios de cada artículo, parécenos que no habrá andado muy desacertada la comision, si nos fijamos un momento en los debates que han tenido lugar en el Congreso y en el Senado, cuando se pidió por el gobierno la autorizacion competente para plantear el mismo código. No los vamos de seguro á analizar ni á examinar aquí; pero, recientes como deben estar en el ánimo de nuestros lectores, entendemos que no habrán olvidado, ya la escasez de argumentos ó de censuras empleadas en aquella solemne ocasion por los miembros de los cuerpos legislativos, y ya tambien que muchas de las que, como tales se presentaban, léjos de merecer esa calificacion y ese nombre, debian mirarse por las personas entendidas como otros tantos títulos de gloria para la ley que estaban examinando. ¡Oh! si esta no tuviese más defectos que los que se señalaron en aquel debate, seguramente que sería la

primera ley del mundo. Y sin embargo, pues que entónces no se le notaban, seguramente no deberian ser de grande importancia ni de gran evidencia los que tuviese.

No nos referimos en este instante á la objecion de un distinguido jurisconsulto, que combatía el código por ser código. Más arriba nos hemos hecho cargo de esta idéa, y hemos manifestado acerca de ella nuestro pensamiento.

De cualquier modo, la comision concluyó su obra: el gobierno la adoptó; las Córtes autorizaron que se plantease. La nacion española tiene, en fin, un código penal que puede ponerse sin desdoro al lado de todos los demás que han producido la moderna filosofía, la civilizacion del cristianismo, el espíritu de libertad y cultura. Las bárbaras leyes de la edad media y la arbitrariedad de los últimos siglos, de aquí en adelante solo pertenecen á la historia. Lo que teóricamente ha sido ó debido ser en todo tiempo, primero y capital en las leyes humanas, va á obtener, por fin, el lugar y la estimacion que en la práctica le corresponde. La sociedad y el individuo consiguen, en fin, sus justas garantías.

Aquí ha terminado la obra del legislador, y desde este instante van á comenzar las nuevas obras del tribunal y del jurisconsulto. Tenemos la base, y es necesario que tengamos el complemento. Despues del precepto, el comentario; despues de la ley, la jurisprudencia.

Ha habido una época, y nosotros la hemos conocido, en que esas palabras *Jurisprudencia* y *Comentarios* eran escuchadas la generalidad con prevencion desfavorable. El abuso de las antiguas glosas y de los comentarios de los pasados siglos, y el abuso tambien del arbitrio judicial, habian hecho que se mirasen con aversion, casi con ódio, las explicaciones del derecho y las colecciones de precedentes. Cuando el sistema de la codificacion científica se hizo lugar, primero teóricamente, y despues en la práctica, creyeron, no solo el vulgo, sino muchos hombres instruidos, que la letra de la ley no necesitaba más que de sí misma, y que en su breve fórmula sintética estaban explicados con absoluta claridad y perfeccion todos los casos que fueran posibles. Dícese aún que Napoleon mismo participaba de esta creencia, y llegó á exclamar que estaba perdida su obra, cuando le anunciaron el primer tratado que se publicaba sobre los códigos franceses.

Volvemos á decir que esta prevencion contra las explicacio-

nes y la jurisprudencia, debió su origen á la misma jurisprudencia y á las propias explicaciones. La una y las otras eran el absurdo, la arbitrariedad, la perversion de toda idéa del derecho: ¿qué mucho, pues, que el instinto de éste se sublevase, y prorumpiese en extremos injustos, contra lo que le pervertia y adulteraba?

Mas en la actualidad sucede de otro modo. Es la ciencia, es la razon, es el buen sentido práctico, en fin, quien domina en el foro, y quien inspira á los comentadores. Ni estos, ni los tribunales desconocen los derechos de la ley: cuando suplen sus defectos, cuando llenan sus olvidos, cuando fijan su dudosa inteligencia, no hacen más que servirla, completando y perfeccionando su obra. La ley moderna no explica su razon: la ley moderna no desciende á casos: la ley moderna, por lo mismo que es sintética y comprensiva, ha menester con frecuencia declaraciones que la pongan en la completa esfera de los hechos. Tan natural es á la ley moderna el comentario, que Bentham llegaba á desear que fuese el legislador mismo el que le redactara, y que formase en cierto modo parte del código y de la ley.

Esta era tambien una exageracion, y una exageracion imposible. Ese comentario auténtico no sería completo, y exigiria á su vez otro comentario. No es el mismo que hace la ley y en el momento en que la hace, quien vé mejor las dudas y las dificultades á que la propia dá lugar.

Pero sea de esto lo que fuere, si la jurisprudencia es una necesidad indeclinable del derecho, el comentario científico es un utilísimo, un convenientísimo complemento de toda ley.

Resulta á veces este comentario, al ménos bajo el aspecto de la institucion de esa ley misma, de los propios debates que han precedido á su adopcion y á su aprobacion. Cuando la discusion es ámplia, empeñada y científica, esos debates son sumamente preciosos para la inteligencia de lo acordado y preceptuado. Todos podemos recordar la batalla legislativa que precedió al código penal de 1822; batalla ó debates, que recogidos especialmente, forman un libro de doctrina tan apreciable hoy como el código mismo. Aquella discusion para no hablar de otras, se elevó con frecuencia cuanto exigia la sublimidad del asunto sobre que versaba. Algunas materias se dilucidaron completamente.

No hay necesidad de decir si en el seno de la comision que

ha redactado el nuevo código habrá habido un debate digno de la obra. Basta echar la vista sobre las personas que componian aquella, considerar su ilustracion, advertir cómo representaban todas las escuelas filosóficas y políticas, para comprender que nada se habrá propuesto, que nada se habrá aprobado, sin el exámen y la confrontacion de todas las razones que podian influir en la materia. Aun el secreto mismo de la discusion, áun la confianza con que en ella se procedia, si rebajaban un poco el aparato oratorio de los discursos, aumentaban la verdad, la expontaneidad, la sinceridad de los argumentos. Eran quizá desaliñados; pero tambien más concluyentes.

Es una desgracia que semejantes discusiones no se hayan recogido, ó se hayan recogido mal. Durante mucho tiempo no asistieron taquígrafos á la comision. Cuando asistieron, tomaron los debates con ligereza, sin inteligencia, sin escrupulosidad. Los taquígrafos no eran hombres de ciencia. Los individuos de la comision no han corregido sus opiniones. Uno ó dos de ellos, á quienes se cometió este encargo, habrán hecho todo lo posible; pero no tenian tiempo ni vagar para tamaña obra.

De cualquiera suerte, el código se ha publicado, y la razon y la ciencia, dedicándose á él, han comenzado á examinarle. O se han anunciado, ó han comenzado ya á salir diferentes escritos, que se han propuesto su ilustracion y explicacion. La inteligencia general, dada á esta clase de estudios, se ha lanzado ávidamente en la carrera que se le presentaba.

Entrando tambien nosotros en ella, debemos decir algo, aunque muy breve, de los motivos que nos guian, de los títulos que nos apoyan, de los propósitos que nos dirigen.

De muchos años á esta parte ha sido para nosotros una ocupacion casi contínua el estudio del derecho penal. En el Boletin de Jurisprudencia y Legislacion que fundamos con otros insignes jurisconsultos en 1836, ya nos dedicamos preferentemente á tal materia. Un año despues instituíamos la cátedra de la misma en el Ateneo de esta córte. En 1841 y 1842 redactábamos y publicábamos las Lecciones, que se han difundido por toda la nacion, con un éxito superior á nuestra esperanza. Provino de aquí que cuando fuimos destinados á la comision de códigos en 1844, cuando tomamos una parte activa en la discusion del penal, que comenzaba á debatirse, nos sedujo la idéa de que quizá no sería inútil el trabajo que dedicásemos á su explicacion, y formamos el pensamiennto que, comenzado á

realizar entónces, interrumpido despues, y continuado nuevamente, nos proponemos ahora someter al público.

En cuanto á la naturaleza de este nuestro trabajo, poco tenemos que decir, pues el mismo título de la obra le da á conocer bien claramente.

Tres son las idéas capitales que nos han dirigido. Una, poner de manifiesto, confrontar la semejanza ó diferencia de nuestra nueva ley penal con las principales del mismo género que han existido entre nosotros, ó existen en las más notables y más análogas sociedades de Europa. Otra, explicar todo lo que en las palabras ó en el sentido de la ley fuese susceptible de duda, y reclamase explicacion. Otra, en fin, juzgar el mismo precepto, ya en sí propio, ya en sus analogías y consecuencias.

La primera idéa, como hemos dicho, es la de las Concordancias: porque nada es tan útil, nada es tan fecundo para nosotros como semejante confrontacion; porque nada sirve como esta para enseñar, para explicar, para juzgar. Partiendo de tal principio, á cada artículo de nuestra ley seguirán textualmente los artículos ó períodos que correspondan de los códigos que elegimos con este objeto. Tales son: los códigos romanos, antecedentes de todas las legislaciones; el Fuero Juzgo, principio de la nuestra; el Fuero Real, las Partidas y la Recopilacion, que nos han regido hasta ahora; el código de 1822, que fué temporalmente nuestra ley; el francés, modelo de todos los del dia; el austriaco y el napolitano, reglas de pueblos que se parecen á nosotros; y el del Brasil, cuyo método ha servido de norma para el que acaba de publicarse.

Seguirá inmediatamente la explicacion del precepto, declarando, como queda indicado, sus palabras, y dando la verdadera inteligencia, cuando pueda haber más de una, en el sentido de lo que ordena y sanciona. En esta parte procurarémos ser sumamente concisos. Las explicaciones son á manera de definiciones. No se explica bien lo que se envuelve en un diluvio de palabras. Suele obstar, y ser dañoso en este punto todo lo que excede los límites de lo necesario.

El juicio, por último, de las mismas disposiciones que se confrontan y se explican, es la tercera parte, la tercera consideracion, el tercer punto de vista de nuestro propósito. Aquí entrarán las discusiones teóricas, cuando sean necesarias: aquí entrarán los motivos de la ley cuando sean importantes y cono-

cidos: aquí entrarán los argumentos de analogía y de jurisprudencia, que por más que pretendan rechazarse, han de tener siempre un inmenso lugar en el foro. No prometemos ser igualmente concisos y limitados en esta parte. Ella admite, ella reclama mayor variedad. Ni es fácil, ni fuera conveniente seguir un mismo sistema, durante el curso de nuestro Comentario, para todos los artículos ó capítulos de que se compone el código, y que hemos de sujetar á nuestras observaciones.

No es esto decir que entre estas dos partes de nuestra obra se hallará siempre de un modo material, con el órden con que la declaramos, la distincion que acaba de hacerse. Tanto la esplicacion como el juicio se comprenderán bajo el nombre genérico de Comentario, y si unas veces la primera precederá al segundo, otras le seguirá, y otras, en fin, marcharán de frente y en union. Todas estas idéas se tocan, y con frecuencia se confunden. El afectado propósito, la presuncion de método, tienen tambien sus graves inconvenientes. Basta que el espíritu distinga las idéas, sin que sea menester tirar entre ellas líneas, como se levantan muros entre potencias hostiles y enemistadas. Nuestro comentario explicará y juzgará.

Tal es el libro que ofrecemos al público, á la estudiosa juventud, á los letrados que principian á dedicarse á esta importantísima materia. Su utilidad, suponiendo el buen desempeño, es una cosa incontestable. De ese desempeño en sí propio decidirán el buen sentido del primero, la aplicacion de la segunda, la ilustracion, en fin, de los últimos, y su práctica diaria en nuestro foro nacional (1).

(1) No concluirémos esta Introduccion sin declarar con mucho gusto que nos ha ayudado activamente en la obra, y que en particular ha corrido con la parte de las Concordancias el Lic. D. Francisco Diaz y Mendoza, auxiliar que fué de la comision de códigos y despues tambien del Consejo Real.

EL CÓDIGO PENAL

CONCORDADO Y COMENTADO.

LIBRO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS Y FALTAS, LAS PERSONAS RESPONSABLES, Y LAS PENAS.

1. Los delitos y faltas, esto es—como verémos luego (art. 1.°)—la totalidad de las acciones punibles, las personas que de ellos y de ellas deben responder, y las penas que les señala la ley para que los tribunales se las impongan, son todo el completo del Código penal. Nada hay en su idéa, nada hay en su índole, nada puede haber en sus disposiciones, que no esté comprendido en esos tres objetos. Respecto á él, en la esfera criminal que él fija y demarca, no son posibles más que estas tres cuestiones, y las tres definiciones que de ellas nacen: ¿qué es el delito? ¿quién es el delincuente? ¿cuál es el castigo de su accion?

2. (De más está el decir que bajo la expresion genérica de *delito* comprendemos aquí la *falta,* y bajo la de *accion* comprendemos tambien la de *omision,* cuando se trata de hechos prohibidos.)

3. Si pues el primer libro del Código se ocupa en los delitos y faltas, en las personas que de ellos son responsables, y en las penas que por causa de ellos se deben imponer, es claro que el objeto de este primer libro es toda la materia de la ley penal. Solo que limitándose á dar sobre esa materia *disposiciones generales,* resulta que es una síntesis, un

principio, una filosofía, de lo que se ha de determinar despues; que es el fundamento teórico y supremo, por decirlo así, la base racional y explicativa de lo que se ha de preceptuar en los libros siguientes. Aquí, las enunciaciones doctrinales que han de dirigir, siempre, donde quiera, en todo delito, para todo delincuente, y respecto á toda pena, al juez ó tribunal, que ha de conocer del primero, perseguir al segundo, é imponer la ultima: allí, en los libros siguientes, la aplicacion de estos principios á los casos particulares, y la analítica enunciacion de estos casos, en cuanto puede ser especial y analítico un código. Aquí, la consideracion del delito, del delincuente y de la pena; allí, la declaracion de los delitos, de los delincuentes y de las penas.

4. Esta ordenacion artística que acabamos de indicar, es, y no puede ser de otro modo, una obra muy evidente de la ciencia. El instinto solo no concebiría tales consideraciones, tal sistema, tal método. El instinto no comprendería ni la síntesis ni el análisis, que supone semejante proceder. El instinto sería casuístico, y nada más. Cuando no procediese por casos, haríalo solo por analogía.—Así procedieron las legislaciones bárbaras.

5. Aun en las antiguas épocas de civilizacion no se concibió ni realizó nunca una ordenacion semejante de la ley criminal: el esfuerzo de la inteligencia, ni en los romanos ni en los pueblos de los pasados siglos, se elevó jamás á esa filosófica altura. Este libro primero de nuestro Código no tiene en ellos concordante. Algunas máximas aisladas en los títulos de las reglas del derecho, algunas definiciones incidentes con motivo de cualquier delito especial, algunas leyes, en fin, revueltas y confundidas con la generalidad de las restantes, pero nunca colocadas sistemáticamente á su cabeza, para servirlas de base y de principio; hé ahí lo que se encuentra y se puede señalar, ya en el código de Justiniano, ya en los Fueros, ya en las Partidas, como análogo al libro que nos ocupa. Mas un trabajo del género que éste lo es, vanamente lo buscarémos en aquellas colecciones.

6. Ménos aún se podia hallar en la Recopilacion, que no es una ley, sino un catálogo de leyes diversas y discordantes, escritas las unas tras las otras, sin ningun lazo que las una.

7. Todavía la mayor parte de los códigos modernos carecen de un libro semejante al que examinamos. Pero aquí no ha sido por falta de método ni de conocimientos filosóficos, sino porque se ha adoptado un método diferente, y porque la filosofía de sus autores ha procedido por otro camino. Si no hay en ellos un libro concordante con el libro primero de nuestra ley, hay títulos que concuerdan con los de éste, hay artículos que enuncian la doctrina por éste enunciada. Toda vez que esto existe, no queremos detenernos más. La comparacion de los métodos entre sí podrá venir bien en otra parte; mas en este sitio fuera inútil y enojosa.

8. Un solo código ha seguido el mismo método que el nuestro; ó por decirlo más bien, somos nosotros los que hemos copiado el suyo. Habla-

mos del código del Brasil. En esa ley fué en la que encontró nuestra comision el modelo artístico, el boceto, si así puede decirse, de su obra. Parecióle filosófico y oportuno, y lo aceptó sin vacilar, salvo el extender sus proporciones, y el mejorarlo ó completarlo en sus detalles. Hizo bien; y nadie la culpará por ser imitadora, si lo que imitaba era digno de ser seguido. La exactitud y el acierto en estas materias no son únicamente propiedad de quien las halla: son propiedad comun, y pertenecen al mundo todo. La razon y la filosofía son como el sol, patrimonio de la humanidad.

TÍTULO PRIMERO.

DE LOS DELITOS Y FALTAS, Y DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL, LA ATENÚAN Ó LA AGRAVAN.

CAPÍTULO I.

DE LOS DELITOS Y FALTAS.

Artículo 1.°

«Es delito ó falta toda accion ú omision voluntaria penada por la ley.

»Las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.

»El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él é incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella de quien se proponia ofender.»

CONCORDANCIAS.

Proemio de la Primera Partida.—...*Malos fechos que se facen a placer de la una parte, et a daño et a deshonra de la otra.*

Código francés.—*Art. 1.° La infraccion que las leyes castigan con penas de policía, es una* contravencion.

La infraccion que las leyes castigan con penas correccionales, es un delito.

La infraccion que las leyes castigan con pena aflictiva ó infamante, es un crimen.

Código austriaco.—*Art. 1.° Toda accion contraria á la ley está sujeta á responsabilidad.*

Sin embargo, el legislador es más severo con aquellas acciones contrarias á la ley, que dañan en más alto grado, y que atacan más de cerca la seguridad pública.

Para distinguirlas de otras transgresiones, son denominadas con las palabras de delitos, y graves infracciones de policía.

Art. 2.° Son delitos: las acciones ú omisiones contrarias á la ley, que tienen por objeto turbar la seguridad pública, y que por consecuencia de la gravedad de la ofensa ó de sus circunstancias, están sometidas á una instruccion criminal.

Art. 3.° Son graves infracciones de policía las acciones ú omisiones que tienen el mismo fin, pero que por la naturaleza de la contravencion, por la cualidad de las personas, ó por otras circunstancias, no están sometidas á una instruccion criminal.

Art. 4.° Se consideran tambien graves infracciones de policía, así la accion de lo que está prohibido por las leyes de ésta (auque sea sin intencion de cometer delito), como la omision de lo que mandan las mismas, á fin de prevenir grandes males ó de obviar á graves daños.

Art. 5.° En fin, como las buenas costumbres tienen una gran influencia para impedir los delitos, se reputan tambien graves infracciones de policía los actos contrarios á la moral pública.

Código napolitano.—*Art. 1.° Todo crimen será castigado, segun su gravedad, con penas criminales, correccionales ó de policía.*

Código brasileño.—*Art. 2.° Será crimen ó delito* (palabras sinónimas):

1.° Toda accion ú omision voluntaria, contraria á las leyes penales;

2.° La tentativa de crimen, siempre que se manifieste por actos exteriores y un principio de ejecucion, y no haya dejado de producir su efecto sino por causas ajenas á la voluntad del delincuente;

. . . .

3.° *El abuso del poder: el cual consiste en el uso del poder conferido por las leyes contra los intereses públicos, ó en perjuicio de los particulares, sin que lo exija la pública utilidad;*

4.° *La amenaza de hacer algun mal á alguna persona.*

Código español de 1822.—*Art. 1.° Comete delito el que libre y voluntariamente, y con malicia, hace ú omite lo que la ley prohibe ó manda bajo alguna pena.—En toda infraccion libre de la ley se entenderá haber voluntad y malicia, mientras que el infractor no pruebe, ó no resulte claramente lo contrario.*

Art. 2.° Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar.

COMENTARIO.

1. Este artículo comprende tres párrafos, y hay en él efectivamente tres idéas. El primero encierra la definicion del delito y de la falta, es decir, de la totalidad de las acciones punibles. El segundo fija un principio de jurisprudencia, capital de la materia en cuestion. El tercero, en fin, hace otra declaracion general, que se enlaza tambien con el mismo objeto, aun cuando su relacion no es tan íntima, y pudiera ser muy bien objeto de un artículo separado.—Procederemos distinta y especialmente.

I.

2. Definicion del delito.—Las antiguas legislaciones habian constantemente dejado sin definicion esta palabra, lo mismo que todas las que le son sinónimas y variantes. Consideradas cual del lenguaje comun, y no solo de idioma técnico ó legislativo, usaron de ella como de tantas otras, sin detenerse á explicar su significado, sobre el que sin duda supusieron que no podia haber ni incertidumbre ni cuestion. Dijeron *delito,* dijeron *maleficio,* dijeron *crímen,* como decian el mayor número de términos que en sus conversaciones, y en sus escritos, y en sus leyes empleaban. Si alguna diferencia puede deducirse entre tales voces, es por la observacion del sentido más ó ménos lato, más ó ménos grave, que á cada una de ellas solian prácticamente atribuir; no porque de hecho emprendiesen nunca, y en las mismas leyes, ni su explicacion ni su distincion. Quizá no se formará una idéa muy equivocada suponiendo que delito era de ordinario en los códigos romanos una expresion general, con la que se significaba todo hecho punible; que maleficio significaba los delitos contra el interés privado; y crimen, los que decian relacion al interés, al órden, á las acciones y juicios públicos.—Esta distincion

no es, sin embargo, absoluta y constante, pues que en la ley 1.ª, título 1, libro 48, del Digesto, leemos las palabras siguientes: «*Non omnia judicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt; sed ea tantum quae ex legibus judiciorum publicorum veniunt.*»

3. Tampoco se adelanta más respecto al punto de que tratamos, ni en nuestros códigos del Fuero Juzgo y del Fuero Real, ni áun en la célebre composicion de las Partidas.—En aquellos no hay definicion alguna. La que por incidencia se da en estas, y que hemos insertado en las Concordancias, no merece de ningun modo semejante nombre. Pobre é inconvenientemente se califica al delito en un cuerpo legal, diciendo solo que es *mal fecho, que se face á placer de la una parte, et a daño et a deshonra de la otra.* Algo hay aquí á la verdad de su naturaleza; pero se equivocaria mucho quien quisiese comprender toda su naturaleza por estas palabras.

4. Los códigos modernos, más completos siempre que los antiguos en todo lo científico y fundamental, han querido de ordinario definir el delito, y las concordancias ó variantes del delito,—el crímen, la falta, la contravencion, la grave infraccion de policía,—la série entera de las acciones punibles, como cada cual las ha distribuido y llamado. Mas al proponerse esta obra, han considerado generalmente, y han tenido razon en considerarlo así, que las leyes no son libros de doctrina, sino reglas de práctica; y que toda definicion, peligrosa por lo comun en ellas, debia limitarse al aspecto práctico y externo, ó sea á la reseña de las circunstancias evidentes y tangibles, que en la esfera legal distinguen y caracterizan lo que trata de explicarse.

5. Por eso, prescindiendo de la naturaleza íntima y moral de las mismas acciones, dijo el código francés, que puede reputarse cronológicamente como el primero de los modernos: «es crímen la infraccion que las leyes castigan con una pena aflictiva ó infamante: es delito la infraccion que las leyes castigan con una pena correccional: es contravencion la infraccion que las leyes castigan con una pena de policía.»

6. Este sistema es expedito, y completamente exacto en el órden de la ley. Accion punible no es otra que la declarada en ella como tal, y cuando las acciones punibles son de órdenes diferentes, nada puede ser más cómodo ni más perfecto que clasificarlas por las penas que les corresponden.

7. El Código que examinamos ha dicho á su vez: «es delito ó falta toda accion u omision penada por la ley.»

8. Echase aquí de ver, desde luego, que siguiendo el sistema de definir por sus efectos las acciones punibles, nuestra ley no ha reconocido en ella más que dos órdenes. El uso comun, el lenguaje de la sociedad, el de la ciencia, si se quiere, podrán hacer más numerosas distinciones y encontrar nuevas categorías. *Crimen, culpa, contravencion*, pueden ser nombres admitidos en el trato ordinario, y áun usados en los debates del foro; pero nombres técnicos, los nombres oficiales, los nombres que

la ley consagra para señalar todo lo vedado y penado por ella, no son más que estos dos solos nombres, *falta* y *delito*. Cuando ella condena con sanciones efectivas, sea de hacer, sea de omitir, otro tanto está comprendido en aquellas calificaciones; todo es *delito* ó *falta*.

9. ¿Se ha hecho bien en reducir á estas dos categorías solas la universalidad de las acciones punibles; ó hubiera sido más filosófico, más exacto, más cómodo siquiera, trasladar la division en tres partes, que acaba de verse en el código francés? ¿Convendria, ó no sería conveniente, consagrar ese otro miembro de aquella division, y especificar con el dictado de *crímenes* á los delitos más graves y considerables?

10. No ha sido por un capricho, ni áun por una preferencia meramente voluntaria, por lo que la ley francesa ha dividido en tres clases, y no en más ni en ménos, toda la universalidad de las acciones punibles. En hacerlo así obedecia á otra division que entraba en su sistema, y con la cual le era muy oportuno armonizar la de que tratamos. Esa misma ley creaba para conocer de todos aquellos hechos, tres géneros de tribunales distintos: los verdaderamente criminales, ó de *asisas*, á los que concurria el jurado; los correccionales, es decir, los que habian de conocer de acciones ménos horrendas, pero graves siempre, y estos los habian de componer varios jueces de derecho; y por último, los de policía, más sencillos que los anteriores, como que se ocupaban en más leves cosas, y los formaba solo una persona, un *maire*, un juez de paz. Consiguientemente á este propósito que tenía desde luego la legislacion, preparándose á repartir el conocimiento y castigo de los actos punibles, y habiendo de definir á estos por las penas que les señalaba, encontró natural la division en tres miembros, supuesto que habia de señalar, y los habia de referir á tres órdenes de penas, á tres órdenes de tribunales. Si la ley francesa no hubiera tenido este propósito, la razon de una division semejante no habria pasado nunca de ser un capricho: teniéndole, era un acto natural, un acto óbvia y plenamente justificado.

11. Mas entre nosotros no habia las mismas circunstancias. Desde que la comision de códigos, por un acuerdo casi unánime, y á que dieron su aprobacion los hombres eminentes de todos los partidos, acordó la exclusion del Jurado, al ménos por ahora, como una de las bases de la legislacion que se proponia ordenar, fué ya imposible esa institucion de tribunales semejante á la francesa, ni la consiguiente distribucion de las penas en los mismos tres órdenes efectivos qne aquella consagra. Y sucediendo así, cesó la razon de los tres nombres concordantes para distinguir las acciones prohibidas, y no hubo la racional necesidad que á nuestros vecinos dirigiera en la separacion bajo dos categorías, diversamente calificadas, de los actos punibles de alguna consideracion. El nombre de delito pudo, y por lo mismo debió, ser el nombre técnico para todos: porque es un axioma de legislacion, el que no haya más voces de ese género que las necesarias, como un principio de exac-

titud y de claridad, como un medio poderoso para evitar dudas y confusiones.

12. Bastaba, pues, con la division de *delito* y *falta*, para comprender la totalidad de los actos punibles. Bastaba con esas palabras solas para declarar todo lo que es objeto de las leyes penales. Lo que se prohibe por éstas con la oportuna sancion, ó delito ó falta es: en retorno no puede darse ninguno de esos nombres á lo que no esté contenido, vedado, penado por tales leyes.

13. Acabamos de decir «*lo que se prohibe por éstas*;» pero es indispensable todavía insistir más en semejante explicacion, y considerar una por una las palabras de que usa la misma ley. El artículo dice «*toda accion ú omision voluntaria*,» y justo y oportuno es que nos detengamos en cada cual de sus expresiones.

14. Primera, *accion*. Tal es en efecto la naturaleza más comun de la falta ó delito. El mal se causa de ordinario obrando, y las leyes criminales en su mayor número son leyes prohibitivas. Pero esa palabra *accion* es muy extensa y no quiere decir solo la completa comision de un hecho perjudicial ó vedado. En su esfera, en su círculo, en su aplicacion genuina, entra tambien la concurrencia al hecho mismo, aunque en órden subalterno y en menores proporciones. *Accion* es ó puede ser una entidad compleja, cada una de cuyas partes son asimismo *acciones*. Su naturaleza consiste en la actividad para producir resultado: su extension alcanza á todos los causantes, á todos los concurrentes directos de ese resultado mismo.

15. Segunda, *omision*. Es mucho más raro que la ley penal recaiga sobre omisiones, porque lo es que se damnifique á la sociedad ó al individuo, no haciendo, y por el hecho de no hacer nada. Sin embargo, aunque no comun, esto sucede á las veces; la ley criminal puede ser preceptiva en ciertos casos, como es prohibitiva en el mayor número; y sus preceptos entónces van acompañados de sancion, para los que no los cumplieren. De seguro, pueden señalarse tales omisiones que la conciencia condene, y la ley deba reprimir.

16. Mas *accion* ú *omision*, sea por hacer cuando no se debe, ó por no hacer cuando es debido, siempre resulta que el delito ó la falta han de ser cosas externas, cosas que se refieren al hombre, no en el círculo de sus idéas, sino en la esfera de sus actos. La intencion sola, el pensamiento, la mera voluntad, no bastan nunca para constituirle: Dios puede penetrar en esas profundidades, hallar en su seno mérito ó demérito, y aplicar á lo que en ellas encuentre el premio ó el castigo. Pero la sociedad, pero la ley humana, no llevan su accion ni pretenden entrar en ese abismo sin fondo. Lo que solo se ha pensado, para la ley no ha existido nunca. El bien y el mal que ella reconoce, son el bien ó el mal que se descubren por las obras: no los intentos, no las idéas, volvemos á decir, sino las acciones ó las omisiones efectivas y reales.

17. Tercera, *voluntaria*. La voluntad humana, y el libre albedrío

que constituye su naturaleza, son los fundamentos de la justicia penal: sin esa voluntad que obra, sin esa voluntad que la inspira y la caracteriza, la penalidad sería el más horrible de todos los absurdos. No cabe idéa de expiacion, cuando no ha habido demérito de la obra, y no hay demérito cuando hubo ciega necesidad. No cabe idéa de intimidacion, cuando no puede impedirse con ésta que se obre de cierto modo; y no puede ponerse tal impedimento, cuando no hay dos modos de obrar, ni eleccion para seguir perfectamente el uno. Sin la voluntad, sin la libertad, el mundo y las leyes son inconcebibles.

18. Declárase, pues, un grande y fecundo principio, toda vez que se dice que la accion ú omision penada por la ley ha de ser *voluntaria*. Reconócense los fundamentos morales de la penalidad: sácase el ánimo do la estrecha y mezquina materialidad de los puros hechos, para elevarlo á la eminente region de las razones y de las causas. El hecho aislado, el hecho sin la voluntad, lo mismo puede ser una desgracia que un crímen: tambien un peñasco que se cae puede matar á un hombre, y un terremoto puede abismar una ciudad. No es el mal material solo lo que constituye la necesidad de la pena; porque el hombre se resigna á la desgracia, y su conciencia no pide ni la expiacion ni la intimidacion contra quien no puede sentir la moralidad del castigo. La voluntad, pues, es la base del delinquimiento, porque es la necesaria condicion de éste. La voluntad es el espíritu, sin el cual, el crímen no fuera más que un cáos.

19. Pero es necesario decir más sobre esta palabra *voluntaria*, porque indudablemente hay más de una idéa comprendida en ella. La voluntad es un principio muy complejo, una expresion en la que podemos entender y concebir diferentes nociones.

20. *Voluntario*, en el párrafo á que estamos aludiendo, significa ántes que todo, *libre*. Ya lo hemos indicado así, y pensamos que no se nos contradirá. La accion que no es libre, la accion que no ha sido resuelta espontáneamente por el que la ejecuta, la accion que le ha sido impuesta por una fuerza de que no ha podido libertarse, no es, de seguro, una accion voluntaria. La coaccion y la violencia *materiales* embargan y extinguen la voluntad. El que obra de esta suerte, no hace lo que quiere hacer; no es un agente, es un instrumento; no es un hombre, es una cosa.—Sobre ello no cabe dificultad alguna.

21. ¿Sucede lo mismo con la coaccion y la violencia *morales?*—Tambien puede suceder, tambien puede llegar ese caso: tambien esa violencia ó esa coaccion pueden extinguir lo que hay de humano y de responsable en el hombre, extinguiendo lo que hay en él de espontáneo y libre. Ni decimos que esto sucederá con cualquier violencia, ni examinamos aquí cómo han de ser las circunstancias para que llegue. No investigamos ahora cuáles sean las que pueden eximir de responsabilidad, ó lo que es lo propio, las que justifiquen la accion á que condujeren, arrancándola el carácter de delito. Aquí solo fijamos bases, estableceo-

mos principios, enunciamos axiomas. *No hay accion punible cuando la voluntad, esto es, la libertad, no ha concurrido á ella.*

22. Lo propio decimos cuando no ocurre la *inteligencia*. Si voluntad es libertad, tambien es razon ó entendimiento. El que carece de éste, ó de un modo constante ó de un modo accidental, no tiene voluntad, no es responsable de sus actos. La falta de la razon extingue la humanidad en el hombre. El estúpido y el delirante no cometen hechos voluntarios. Para que haya éstos, necesitase la plenitud de lo que nos constituye, y lo que á nosotros constituye, lo que caracteriza nuestra especie, es la inteligencia con la libertad.

23. Al consignar esta segunda palabra, inteligencia, como uno de los sinónimos de la voluntad, ó más bien, como una de las idéas en que ésta se descompone, volvemos á repetir lo que de la libertad acaba de decirse en los anteriores párrafos. Tampoco vamos á examinar en estos momentos mayores ó menores perturbaciones del sentido, para eximir de la responsabilidad de las propias obras: tampoco vamos á suscitar las gravísimas dificultades del delirio de la pasion, y de las monomanías. Todo eso vendrá despues, y se examinará en los lugares oportunos. Ahora solo fijamos la base, ahora solo decimos: *no hay voluntad en el que no es inteligente.*

24. Por último: puede haber libertad, puede haber inteligencia, y sin embargo, no haber todavía voluntad, porque no haya *intencion.*

25. Suponed un cazador que tira á un ciervo, y que desgraciadamente mata á un hombre. Era libre en tirar, y sabía y conocia los efectos del tiro; pero nada habia más léjos de su intencion que matar á su compañero. Aquella accion libre, reflexiva, voluntaria en sí propia, no es voluntaria en cuanto á su objeto, no es intencional. Lo voluntario que hay en ella no se refiere á la accion íntegra, terminada del hecho, cual no la queria ni la imaginaba su autor. No, no hay voluntad, no hay la voluntad de que habla este artículo, cuando falta la intencion en el que comete algun acto de los que al parecer son punibles, de los que causan daño á la sociedad.

26. El código de 1822 habia creido necesario declarar esta última idéa, añadiendo en su definicion del delito á las palabras *libre* y *voluntariamente*, la expresion *con malicia*. La malicia de que allí se habla era la intencion, y no podia ser otra cosa. Pero, bien mirado el punto, no creemos que hubiese necesidad de esa redundancia. Bajo la idéa compuesta de la voluntad, entra ese elemento, como entran los otros dos que ántes hemos señalado. Diciéndose acto voluntario, se dice acto libre, acto inteligente, acto intencional. Por cualquiera de estos motivos que falte, la voluntad falta y se extingue. Solo el completo de ellos constituye la esencia del acto humano, del acto responsable. Así, el loco no comete delito, porque no hay en él inteligencia: el hombre atado no lo comete, porque no hay en él libertad: el que obraba con un fin lícito, y á quien accidentalmente ocurrió la desgracia de dañar á otro, tampoco lo come-

te, porque no hay en él intencion. La *voluntad* falta en todos estos casos.

27. En este artículo primero del Código—lo hemos dicho más de una vez,—no se hace más que sentar principios. El desenvolvimiento de la doctrina, las explicaciones, los detalles vendrán despues. Aquí solo se mira sintéticamente la naturaleza de lo que se define, el delito y la falta. Esas otras idéas de accion, de omision, de voluntariedad, ya irán naturalmente clasificándose á nuestra vista, segun adelantemos en estas explicaciones. De seguro, no es otra cosa todo el Código que esa clasificacion: bien podia llamarse á todo él un comentario de su artículo 1.°—Mas de cualquier suerte, el principio está declarado, y nunca podrán ni olvidarle ni derogarle las disposiciones posteriores: no hay delito, ni puede haber pena, donde no hay voluntad.

II.

28. Está bien que nuestro Código defina el delito de la manera que acabamos de ver. Las definiciones de las leyes, supuesto que alguna vez sean precisas, deben tener ese carácter material y tangible, que no permita dudas ni cuestiones respecto á los hechos ó materias que declaran. Más bien que definiciones, son descripciones sintéticas, para expresar con una sola palabra la multitud de casos que el legislador ha encerrado en una fórmula ó categoría. Pretender otra cosa, no fuera ménos que desconocer la índole de las leyes, y querer trocar sus artículos en disertaciones doctrinales. La cuestion y la discusion reemplazarian entonces á la obediencia; y convertidos en gárrulos declamadores los soberanos, entregarian el mundo á la disputa y á la incertidumbre.

29. Aprobamos, pues, nuevamente la definicion del delito consignada en nuestro Código. Este supone la doctrina, pero no se detiene á explicarla: toma por base las idéas morales, verdadera deduccion de nuestro ser, pero no ostenta caudal de semejante erudicion. Hace más aun, como hacen todas las leyes: ni supone siquiera la posibilidad de excederse de sus facultades, ó de equivocarse en sus juicios. Su fallo es la verdad; sus declaraciones son la razon; lo que él prohibe y sanciona, lo que él declara delito, verdadero delito es, sin que presuma que nadie puede disputárselo, sin que reconozca en nadie el derecho de juzgar, de censurar, de anular sus obras.

30. Así procede siempre la ley. Expresion de la inteligencia y la voluntad soberana, proclámase infalible á presencia del mundo, y si confiesa que debe arreglar sus preceptos á la razon, no reconoce en nadie el derecho de examinar si los ha arreglado.

31. Ante esa presuncion, ante esas pretensiones de acierto y supremacía, la razon humana, ilustrada por el convencimiento de las necesidades sociales, baja y humilla su altiva frente. Considerando que desde el instante en que no fuese atacada la autoridad legal, en que se sometiesen á juicio sus disposiciones, dejaria de haber fijeza y certidum-

bre en los hechos humanos, ha debido acallar los impulsos de independencia que brotan en el ánimo de todos, y someter el propio y particular juicio á la nocion consignada en los preceptos supremos, y á la inteligencia con que estos han descifrado y consignado las relaciones sociales, los derechos y los deberes de nuestro ser, las condiciones de nuestra recíproca dependencia. «*Dura lex, sed lex*» es todo lo más que racionalmente se ha permitido decir, cuando repugnaba á sus convicciones lo premioso del mandato supremo.

32. Y sin embargo, necesario es que la ley, por lo mismo que se atribuye esa gran autoridad, por lo mismo que se pretende tan omnímoda y exclusivamente soberana; necesario es, decimos, que la ley ponga el mayor empeño en tener razon, y en usar de un modo legítimo del grande, inmenso poder que le es concedido. Ya que ella declara *delito* á lo que de tal califica en sus preceptos: ya que no pide otra circunstancia que la de haberlo escrito entre sus prohibiciones, para que se le aplique la penalidad: ya que da su juicio, y solo su juicio, por bastante para una declaracion tan terrible; necesario es que ese juicio se justifique por sí propio á los ojos de la razon universal; necesario que no escriba nada con aquel carácter sin una conviccion tan desinteresada como profunda de lo que debe escribir; necesario, por último, que no califique ni declare, en la categoría á que nos vamos refiriendo, sino á lo que la conciencia entera del linage humano haya sellado irrevocablemente con ese sello de justa reprobacion. Por lo mismo que se supone infalible, es menester que la ley no se engañe.

33. No se crea, pues, que es libre en ella el señalar como delito toda accion que no agrade á sus autores: no se crea, pues, que esa supremacía que le hemos reconocido, la dispensa de obedecer y de arreglar sus preceptos á los preceptos de otro más eminente soberano, á los preceptos de la razon. La ley humana solo merece este nombre, porque es declaracion de otra más alta y suprema ley; solo se la ataca, porque el mundo presume que llena sus deberes, y que es de hecho lo que debe ser. Cuando falta evidentemente á su carácter, cuando infringe las reglas que deben inspirarla, cuando marcha desbocada, sin otro móvil, sin otra direccion que el capricho individual, que la voluntad de sus autores, que el interés de una fraccion más ó ménos numerosa, pero fraccion siempre, en semejantes casos, la ley pierde su legitimidad, sus obras no son santas, su carácter y su mismo nombre se desnaturalizan y se truecan.

34. Contrayéndonos especialmente al delito, si éste es tal porque ella lo declara, ella tiene obligacion de ajustarse y arreglarse para declararlo, á lo que la justicia inspira, á lo que la utilidad pública define. No de cualquier acto puede hacer un delito. Ni de lo que naturalmente lo es puede dejar de hacerlo. Es la razon quien le señala su obra. La ley hace en este punto lo que el fabricante de moneda hace con el oro y la plata, para que corran como tal moneda. Imprime el sello, y declara

de ese modo su peso y su valor, á fin de que el mundo los reciba. Mas si el fabricante quisiese acuñar sobre un metal falso, falsa sería su moneda, y por más que él la expendiese, no la recibiria el mundo.

35. Tiene la sociedad, es cierto, el derecho de hacer leyes penales: tiene el de imponer castigos declarando las acciones punibles. Pero en sus obras es necesario que se ajuste á la naturaleza y á la razon. No está en su facultad el crear la justicia ni la injusticia: la una y la otra han antecedido á los preceptos humanos, que nunca habrian tenido ser, si ellas no los inspirase. «Decir que no hay nada de justo ni de injusto—ha escrito con mucha razon Montesquieu—sino lo que las leyes positivas mandan ó prohiben, equivaldría á decir que ántes de que se trazase el primer círculo no eran iguales todos los radios.» Si hay delito legal, si ha podido haberlo, es porque el delito moral, el delito natural existia anteriormente.

36. La perfeccion de la ley consiste en que entre sus preceptos y los preceptos naturales haya, no absoluta concordancia en todos los puntos, pero sí absoluta armonía, y por decirlo así, plena concentricidad. Las esferas de la naturaleza y de la ley positiva son diferentes, y sería un error el pretender que sus disposiciones perfectamente se adaptasen. La segunda no puede seguir todos los pasos de la primera; no puede ni debe sancionar cuanto aquella indica, aconseja ó declara. Su horizonte es de ménos extension, sus medios son más limitados. Pero es necesario, sí, que no se contradigan, y que no condene sobre todo esa, cuyo círculo es menor, lo que aprueba, lo que tal vez preceptúa la otra, más dilatada y más severa por su índole. En semejante caso habría confusion, habria desórden, la ley positiva faltaria á su deber.

37. Es necesario explanar algo estas idéas, mostrar la dependencia que la justicia legal tiene de la justicia moral, señalar los puntos en que aquella debe limitarse dentro del ancho círculo de esta otra. Serémos, sin embargo, tan breves como nos sea posible.

38. Ya hemos dicho que no existiria bueno ni malo en las leyes humanas, si anteriormente á ellas no existiesen esas categorías en las leyes de Dios y en la naturaleza del hombre. En esa naturaleza, en esas supremas y primitivas leyes, es en lo que se funda la razon de lo que las humanas han consignado. Hechas para la sociedad, no teniendo por objeto sino el órden y bienestar de ésta, han tomado y debido tomar de las otras, generales, completas, absolutas, la parte meramente necesaria para su fin. Todo lo que á éste no conducia, todo lo que no entraba en las necesidades de la sociedad, todo eso ha quedado siendo materia de la moral y de la razon, sujeto á su fallo, pero exento de las legislaciones sociales. Dios y la conciencia juzgarán al hombre en ese inmenso espacio: la sociedad y sus leyes prescinden de tanta extension, y se limitan á lo que con sus intereses tiene roce, y á lo que cae bajo sus medios. Si alguna vez se han salido de esa esfera, han cometido una usurpacion notoria.

39. El delito contra la ley divina es el pecado, y el pecado contra la ley humana es el delito social. Idénticos en su orígen, sepáranse despues por la distinta esfera á que corresponden, y por la desigual extension del uno y del otro. Los misterios de la eternidad encierran el porvenir inescrutable, siempre lleno de justicia, que aguarda al primero: el segundo, declarado por los hombres, tiene su destino en las penas humanas, y va envuelto, como todo lo humano, en peligros, en debilidades y en incertidumbres.

40. Estas consideraciones, que no debemos perder nunca de vista, fijan imperiosamente los límites de nuestra ley y nuestra justicia particular. No todo lo que reconocemos como malo debe ni puede recibir la calificacion de delito en nuestros preceptos. Es menester que la sociedad tenga un interés en ello, que se resienta con su perpetracion, que le produzca perjuicios efectivos, asignables, no solo del órden interno, sino tambien del órden exterior. Es menester, además, que esa sociedad misma tenga medios adecuados para penar aquellos males, cuya declaracion y condenacion ha de hacer en sus leyes. Es menester que esos males puedan ser reprimidos, impedidos, evitados, por otros medios más suaves que las penas. Es menester, por último, que semejantes medios de penalidad, necesaria y posible, no traigan con su uso mayores inconvenientes que los bienes mismos que se esperen de su aplicacion. Todos estos hechos tiene que pesar nuestra justicia, todos los tiene que considerar nuestra ley, ántes de dictar sus prohibiciones y proclamar sus penalidades.

41. Compañera necesaria del hombre, partícipe de su imperfeccion y de su miseria, la ley social se encuentra limitada por los obstáculos que acabamos de ver, y tiene que confesarse sumamente inferior á las leyes morales que rigen los espíritus. De éstas, volvemos á decir por última vez, que depende; y con éstas debe estar en armonía y en relacion, si aspira á ser digna de su nombre y de su índole. Mas reconociendo el muro de bronce que termina su esfera, el limitado objeto cuya satisfaccion le está encomendada, la estrechez é imperfeccion de los medios de que se vale, necesario es que se enfrene á sí misma, y que no tenga presunciones que repugnan á su verdadero carácter. El mundo se subleva cuando la ley humana quiere alcanzar á los pensamientos, y penarlos: porque los pensamientos solo pertenecen á Dios, y la sociedad no tiene poder en el fondo de las almas. El mundo se subleva, ó por lo ménos se rie, cuando ve penar el suicidio; porque es necia la pretension de castigar nosotros más allá de la muerte á quien con la muerte se ha puesto fuera de nuestro alcance. El mundo condenaria que se empleasen medios de verdadera penalidad, como sancion de las obligaciones civiles, sin embargo de que haya un mal en faltar á ellas; porque ese mal se corrige más facilmente por otros medios, y no reclama la inflicion de un castigo, cruel y condenable por cuanto innecesario.

42. Hé aquí, pues, la necesaria, imprescindible relacion que existe

entre el mal social y el mal moral, entre el delito segun las leyes naturales y el delito segun las leyes positivas. Para comprender éste, es necesario comprender el primero, sin el cual éste de seguro no existiria, con el cual debe ser armónico, al cual no puede ser contrario, del cual, sin embargo, debe ser diferente. Círculos concéntricos, como hemos dicho poco hace, pero de diversa extension: aplicacion material y limitada el uno, de lo que es moral y sin límites en el otro: semejantes y diversos á la vez, como son semejantes y diversas la inteligencia humana y la inteligencia divina, de las que son emanaciones y resultados.

Hemos querido indicar las breves consideraciones que preceden, juzgando que no son del todo ociosas cuando se trata de la definicion del delito. Por lo mismo que aprobamos como usual, como práctica, la que se halla en el artículo 1.° del Código, nos ha parecido oportuno añadir unas pocas y generales reflexiones, que la completen, rechazando toda tendencia de materialismo é inmoralidad. Solo las indicamos, solo las apuntamos, porque no consiente otra cosa la naturaleza de este libro. En un tratado doctrinal de Derecho nos extenderiamos largamente en esa importante materia (1): en unos comentarios como los actuales, la teoría debe más bien aparecer por indicaciones que no en el completo desarrollo de sus máximas.

III.

44. Venimos ya al segundo párrafo del artículo en cuestion, segun el cual «las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.»—No es, pues, otra cosa este precepto que la declaracion de una presuncion legal.

45. Mas la cuestion de las presunciones es siempre una de las más árduas y de las más importantes del derecho: su resolucion en cada caso, uno de los primeros objetos de la jurisprudencia.

46. El párrafo anterior, primero del artículo, habia establecido la base de que para haber delito era necesaria la voluntad: esto es, la libertad, la inteligencia y la intencion. Sin ellas, falta completamente la moralidad de las acciones: sin ellas, no hay imputabilidad posible, y la conciencia se sublevaria cuando se trataran de imponer penas repugnantes á lo mas íntimo de su ser. Con ellas, por el contrario, supuestas la libertad, la inteligencia y la intencion, admitida la voluntad, que comprende aquellas tres idéas en una palabra, la aplicacion del castigo es no solamente justa, sino necesaria, reclamada por la voz de nuestro ánimo, siempre que se ha irrogado uno de esos males que caen bajo la interdiccion de la ley. En la voluntad del agente es en lo que consiste la parte moral de la accion. Por la voluntad es por lo que la desgracia se eleva á delito.

---

(1) Véanse nuestras Lecciones de Derecho penal. Lecciones V y VI.

47. Mas desde que sentamos esa base, desde el mismo punto que colocamos ese fundamento, desde luego puede elevarse una dificultad, y hacerse una pregunta. ¿Qué hemos de creer—nos dice interiormente nuestro espíritu, en el caso de que se cometa alguna de esas acciones vedadas sobre que estamos discurriendo:—qué hemos de creer respectivamente á la voluntad de su autor? ¿Qué hemos de presumir por punto general acerca de la misma? ¿Cuál es la prueba, que, como contraria de la presuncion, ha de pedirse? ¿Supondrémos que hubo voluntad, salva la justificacion de lo contrario? ¿Supondrémos que no la hubo, salva una justificacion en sentido opuesto? ¿No supondrémos, en fin, nada, ni que fué voluntario, ni que fué involuntario el acto?

48. Esto último es imposible, y por consiguiente no tenemos que discutirlo. En toda cuestion jurídica, en toda cuestion humana que ha de resolverse, hay siempre presuncion. Nuestra naturaleza no admite nunca la incertidumbre y la no resolucion, como definitivo resultado. La presuncion puede traernos el error: mas primero entra en la índole humana el errar que el abstenerse de todo punto. Dirémos aún que, de ordinario, el que piensa abstenerse, absteniéndose obra.

49. Fijada así la necesidad de resolver la presuncion, de adoptar uno de los dos caminos que hemos indicado ántes, añadirémos que la resolucion de la ley es de todo punto conforme á lo que nos dice la razon, y á lo que se ha practicado en todos los tiempos.

50. Esa presuncion de la libertad y la inteligencia de cualquier agente humano, esa presuncion que nos inspira á todos el instinto; la reflexion y la filosofía la confirman y la abonan. Pues que el hombre es un ser inteligente, reflexivo y libre; pues que la inteligencia, el propósito y la libertad son su naturaleza necesaria; pues que la coaccion y la falta de intento ó de juicio son situaciones excepcionales, claro está que lo primero es lo que de ordinario ha de presumirse, porque es lo que de ordinario sucede, y que si alguno propone como un hecho lo segundo, la excepcion; obligacion y cargo suyo deben ser el justificar que esa excepcion se realizaba en aquel instante. La naturaleza del hombre es el orígen de la presuncion que indicamos y probamos. No es posible hallar causa más satisfactoria.

51. De más está el decir que esa presuncion no podria ser de derecho y por derecho—*juris et de jure*. La admision de la prueba contraria es indispensable, toda vez que la excepcion es posible en el órden de la naturaleza. Tiene inteligencia y libertad el hombre; pero el hombre mismo puede hallarse de un modo accidental con la primera obstruida, y con la segunda embargada. Hace lo que se propone hacer; pero tambien á veces le sucede lo contrario de lo que se propusiera. Un verdadero delirio, no solo perturba, sino que destruye la razon: la fuerza acaba con la libertad: un acaso destruye los mejores planes. La voluntad no existe, cuando sus elementos están completamente eclipsados.

52. Pedimos á nuestros lectores que no se arrojen todavía, y con una

triste facilidad, á deducir consecuencias de estas palabras, á hacer aplicaciones prematuras sobre casos que habrémos de examinar despues. Ahora solo fijamos principios. Ya llegará la ocasion de ajustar á ellos los preceptos particulares del Código. No precipitemos ese instante. Consignemos solo la teoría y la presuncion general. *Sin voluntad no hay delito. La voluntad se presume de derecho, mientras no se prueba otra cosa contraria.*

IV.

53. Acabamos de ver que la doctrina del segundo párrafo del artículo entra naturalmente en el lugar en que está puesta; como que satisfacia á una dificultad que se presentaba en el momento mismo de leer el primero. Pero si hiciésemos aquí la misma pregunta al considerar el tercero, si investigásemos por qué acompaña esta misma disposicion á la definicion del delito, en el artículo propio en que esta se da, quizá la respuesta no podria ser tan satisfactoria. No se ve aquí claro, ó por mejor decir, no existe el mismo enlace. Lo que en este párrafo se manda, bien podia mandarse en un artículo separado, y aun en un capítulo y título diferente de los primeros. Sin embargo, tampoco desfigura aquí. El problema de su colocacion puede resolverse de distintos modos, sin que ninguno choque ni ofenda.

54. La disposicion del párrafo es la siguiente: hay delito cuando la intencion del agente se dirigió contra una persona, y su accion recayó en persona distinta.—No es, pues, dispensable, segun la ley, la completa concordancia de la intencion y el hecho.

55. Pero adviértase bien que la ley no dice que baste el segundo sin la primera: lo que dice es, que no dejará el segundo de ser criminal, porque la primera se enderezase á distinto objeto. El objeto lo ha de haber siempre. La intencion, lo que el Código de 1822 llamaba *malicia*, lo que éste *voluntad*, siempre es necesario.

59. Un hombre se propone asesinar á otro, y le espera con este fin. Pasa un tercero, y el que acechaba á aquel, juzga que éste es su víctima, y le hiere. Sin duda alguna, el autor es reo de asesinato. No se eximirá de ello, porque fuese su intencion el asesinar á otro. Siempre era un asesinato lo que intentaba y lo que ejecutó. Fué un hombre, en lugar de otro hombre, su víctima; mas un hombre al cabo, una víctima humana siempre.

57. La razon aprueba en general este precepto, por esa igualdad que existe entre los objetos que se funden y truecan. Mas es menester, sin embargo, que nos detengamos algo aquí, que consideremos si existe siempre esa igualdad, y que decidamos lo que en el caso de no existir, sea legal y sea conveniente.

58. Supongamos varios casos, y veamos lo que de ellos resulta. Primero. Se ha querido matar á un hombre cualquiera, con quien no tenia

el que lo intentaba relaciones algunas; y en lugar de matarle á él, se ha dado muerte á otro, con quien tampoco las contaba el matador. Se ha querido robar al vecino de la derecha; y se ha robodo al de enfrente, que habia depositado en aquel su dinero. Se queria insultar al redactor de un periódico; y se ha abofeteado al del periódico su rival. En todos estos casos, háse cometido la misma accion que se intentaba, sin otra variante que la del objeto. Pero la accion ha sido la misma, porque el un objeto era igual al otro y no cambiaba en nada la naturaleza del hecho en sí. Este es plenamente el verdadero caso de la ley.

59. Segundo. Se ha querido matar á una persona extraña, y se ha dado la muerte al padre mismo del autor. Se ha querido herir á quien nos habia provocado, y hemos herido á quien nada nos habia hecho. Hemos querido tomar el dinero de nuestro padre, y hemos tomado el de otra persona.—La accion, en todos estos casos, ha sido más grave que la intencion. El acto que esta se proponia, ó no era culpable, ó inferia una responsabilidad más ligera que la del acto que se consumó.

60. Tercero. Lo contrario de los casos anteriores. Quisimos robar á otro y tomamos dinero de nuestro padre. Quisimos matar á un extraño, y matamos á uno que nos robaba. Pensamos cometer un parricidio, y fué un simple homicidio el que se cometia. La accion fué ménos grave que la intencion. La accion tal vez no fué culpable, mientras que la intencion evidentemente lo era.

61. Para semejantes casos en que el prececto de la ley no puede aplicarse pura y simplemente, en que es necesario escuchar á la razon, comparar, deducir, llenar, en una palabra, el fin del derecho, que no consiste solo en leer sus expresiones, sino en descifrar su espíritu y señalar su alcance; para semejantes casos, volvemos á decir, es necesario no perder de vista los axiomas que se deducen de la definicion del delito, como la hemos consignado anteriormente.

62. El delito—hemos dicho—es una accion voluntaria penada por la ley. Luego si no hay accion penada por la ley, nó hay delito. Luego si no hay voluntad penada por la ley, tampoco hay delito. La accion y la intencion son igualmente indispensables. La accion sin la voluntad no lo es. La intencion sin el hecho tampoco. El que creyó tomar dinero de su padre, y lo tomó de un extraño, no robó: faltó la voluntad, aunque hubo el hecho. El que creyó tomarlo de un extraño, y lo tomó de su padre, tampoco robó: faltó el hecho, aunque hubiera la voluntad. Dios podrá castigarle, pero no los hombres.

63. Análogamente sucede cuando las acciones tienen un grado de criminalidad distinto del de las intenciones ó voluntades. El grado menor, el grado mas próximo á la inocencia, es el que califica y termina la naturaleza del crímen. En aquel grado es en el que convienen el hecho y el intento. Lo que el uno de los dos tenga más que ese grado, aquello es singular, aquello ó no es accion ó no es voluntario, y por consiguiente no puede influir en la naturaleza del delito. Quien mata á

otro, creyéndole su padre, habrá cometido un parricidio frustrado, pero sólo un homicidio real. Quien mata á su padre, creyéndole otro, tampoco es más que un homicida. Para todo hecho punible se necesita, no lo olvidemos, la intencion y la accion. Solo será igual la responsabilidad, cuando sean cosas iguales lo intentado y lo ejecutado. Los antiguos criminalistas habrian dicho para explicar esta teoría que era *favorable* la condicion del reo. Nosotros decimos que no se ha de castigar más delito que el que realmente existe.

Artículo 2.°

«No serán castigados otros actos ú omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos ó faltas.

»En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algun hecho que estime digno de represion, y no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asistan parar creer que debiera ser objeto de sancion penal.»

«Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigorosa aplicacion de las disposiciones del Código resultare notablemente excesiva la pena, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito.»

CONCORDANCIAS.

Digesto. De regulis juris.—*Ubi non est lex, nec praevaricatio.*

Cód. fran.—*Art. 4.° Ninguna contravencion, delito, ni crímen pueden ser castigados con penas que no estuvieren pronunciadas por la ley ántes de su comision.*

Cód. austr.—*Art. 6.° No es delito, ni grave infraccion de policía, sino lo que está calificado de tal por el presente código.*

Cód. brasil.—*Art. 1.° No habrá crímen ó delito, sin una ley anterior que lo califique de tal.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 3.º A ningun delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada ántes de su perpetracion.*

COMENTARIO.

I.

1. El primer párrafo de los que contiene este artículo comprende uno de los más fundamentales preceptos de la ley penal. Establécese en él la necesidad de la misma ley, como precepto, para arreglar á sus disposiciones, anteriormente conocidas, su imposicion como pena. Conságrase el principio de que lo no prohibido permanece lícito para todo ser humano. Garantízase así su libertad: señálase una norma fija á su inteligencia: justifícase el hecho del castigo por el hecho de la amenaza. La penalidad no puede aplicarse sin la préva conminacion, y sin el desprecio ó quebrantamiento de esa prévia conminacion.

2. Este principio fué proclamado al mundo por la ley romana. Hasta entónces, ni se le habia consignado como base de la ley, ni se habia cumplido *de facto* en las aplicaciones de la misma. Hemos visto en la Introduccion que la jurisprudencia de Atenas admitia los encausamientos por acciones expresamente no prohibidas. Hemos visto tambien el camino que se adoptaba en tales casos. La analogía con otras que lo estuviesen, era por necesidad el único fundamento de la acusacion: igual analogía, y las inspiraciones del buen sentido, debian de ser los únicos fundamentos de la pena.

3. Semejante costumbre no tenia excusa en un país civilizado, donde el estudio de las leyes era la ocupacion de tantos hombres superiores, donde su formacion tambien habia debido ser, si no lo habia sido, el producto de meditaciones y sistemas. Concíbese ciertamente que en una sociedad que no saliera de la infancia, que en los pueblos germánicos, por ejemplo, cuales Tácito los describia, no se hubiese elevado la inteligencia de los legisladores á concebir y á anunciar preceptos generales, en los que se comprendiese la universalidad de los delitos posibles. Concíbese que en su escasa prevision, y en su imposibilidad de reducir sintéticamente los hechos punibles, por la ausencia ó escasez de la escritura; en toda la situacion, en fin, de aquellos pueblos, la ley prohibitiva fuese mezquina, puramente casuística, dejase de comprender mil de aquellas acciones que evidentemente condena la naturaleza, y que son incompatibles con la sociedad. Dada tal hipótesis, trasladándonos á aquellos momentos primitivos, la regla de los atenienses, si no buena, por lo ménos habria sido excusable y necesaria. En semejantes estados, la conciencia general tiene que suplir por la promulgacion de

las leyes; y la arbitrariedad, una arbitrariedad irremediable, tiene que ejercer las funciones de la justicia.

4. Pero ese estado debió ser muy transitorio. Un pueblo que raciocina, que diserta, que escribe, que filosofa, no es un pueblo bárbaro ni infante. Cuando Solon le habia dado sus leyes, cuando Demóstenes le agitaba diariamente en la tribuna, cuando Platon le ilustraba en la Academia, era inconcebible que se estimasen aún como delitos acciones que ninguna ley habia cuidado de vedar. Solo el atraso de las teorías penales puede explicarnos esa falta.

5. No sucede así con las leyes morales de nuestra naturaleza. Dios las ha escrito en nuestro ánimo de un modo indeleble, y la conciencia nos las repite de continuo. Como si esto no bastase, y para justificar más el principio de la promulgacion, cuando el espíritu religioso llegó á realizarse y ordenarse más completamente en el mundo, los preceptos del Decálogo resonaron en medio de una pompa sublime, y se grabaron en las tablas de la ley, para que nunca se oscureciesen, ni faltasen á nuestra vista.



6. De cualquier modo, la necesidad de una prévia ley, para que hubiese delito, fué un principio que brilló con claridad á los ojos de los jurisconsultos romanos. De ellos es la máxima, que consignó el Digesto, y que en nuestras concordancias hemos incluido. «*Ubi non est lex,* dijeron, *nec praevaricatio.*» Y sucedió con ella lo que sucede con todos los principios evidentes é instintivos: que en el momento en que uno los descubre y los enuncia, el mundo los admite sin la menor dificultad, y como si siempre los hubiese estado diciendo ó profesando en su conciencia. Si despues la práctica ha olvidado ó prescindido en alguna ocasion de éste á que aludimos, al ménos la teoría y el espíritu de las leyes en todos los casos han reconocido su precepto. Nadie se ha atrevido á sostener que hubiese delito sin una ley prohibitiva anterior. Los tiranos han eludido la máxima, y los Calígulas han escrito sus constituciones de una manera ilegible; mas la verdad del principio mismo, en ningun tiempo ni por nadie ha sido negada.

7. Consignándola nuestra ley, rinde un homenaje á la conciencia universal, y reconoce uno de los fundamentos de la buena teoría. Consignándola, se impone la obligacion de ser completa, y de no dejar sin castigo ninguna accion punible. Consignándola, acaba de consagrar la garantía del derecho que tiene todo ciudadono á la justa libertad de sus acciones. Súbditos de la ley, nada tienen estos que temer de caprichos posteriores, de intentos extraños á la misma. Ella les asegura que es lícito cuanto no está vedado; y que las prohibiciones no pueden nunca aplicarse á lo que ya pasó.

II.

8. Hay en este artículo un párrafo segundo, cuyo precepto no corresponde ciertamente á la ley penal, pero que tiene bastante relacion

con ella, para que no se extrañe, antes bien se apruebe el encontrarlo entre sus fundamentos.

9. La circunstancia de que habla este párrafo no se verificará ordinariamente, pero podrá presentarse alguna vez, y es bueno á todas luces el consignar lo que haya de hacerse en tal caso. Así se completa la idéa que ha presidido al párrafo anterior: así se justifican, más completamente aun, si fuese necesario, las disposiciones en él tomadas.

10. Decimos que no será ordinario el que se presenten hechos dignos de represion, y no comprendidos en el Código: lo uno porque la experiencia de tres mil años, porque la historia de todas las legislaciones, porque tantos centenares de códigos, porque tantos millares de leyes criminales como se han hecho hasta aquí, es muy difícil que hayan dejado fuera de sus noticias y de sus preceptos caso alguno que convenga vedar y castigar. Si muchos, infinitos de ellos, no se han consignado en nuestro Código, no consiste de seguro en distraccion ni en olvido de sus autores; consistirá más bien en que no han juzgado el acto como punible, en que hayan juzgado que nunca se le debió prohibir, ó que no debe prohibírsele en el dia. En segundo lugar, la forma altamente comprensiva y sintética en que el Código está ordenado, tampoco da lugar á que se haya prescindido de ninguno de los hechos que naturalmente son de su jurisdiccion. Eso es facilísimo en las leyes casuísticas: eso es muy difícil en las legislaciones sistemáticas. Lo que no se dice en éstas, de ordinario es porque no ha querido decirse (1).

11. Con todo, como el hecho es posible, la ley ha determinado lo que en su caso se habia de hacer. Los tribunales donde se presente, lo manifestarán al Gobierno: éste meditará, se informará, y encontrando necesaria una resolucion, la propondrá, como es su deber, á las Córtes. Pero el tribunal mismo ninguna otra cosa tiene en qué mezclarse más que en elevar esa exposicion. Previénesele expresamente que se abstenga de todo procedimiento; y vuelve á inculcarse de este modo la doctrina que hemos consignado antes: *no hay delito sin ley anterior que lo declare y lo pene como tal.*

12. Parécenos completamente inútil decir aquí: 1.°, que bajo la expresion de tribunales se comprenden igualmente los juzgados: 2.°, que semejantes consultas deben hacerse por el órden natural de la gerarquía, elevándola el juez á la Audiencia, ésta al Tribunal Supremo, y el último, en fin, al ministro del ramo, acompañando cada cual su dictámen: 3.°, en fin, que el ministerio fiscal, por lo que le respecta, tambien puede y debe contribuir á este propósito, ora sea tomando parte en los acuerdos del juzgado ó del tribunal, ora dirigiéndose expresamente al Gobierno por el conducto natural de su especial jefe.—Estos preceptos

(1) El colegio de Abogados de Madrid cree que se han omitido en el Código actos dignos de penalidad. En los lugares oportunos examinarémos los que cita.

son de razon, de buen sentido, de consideraciones gerárquicas, que no necesita declarar la ley; porque dimanan de la institucion y la organizacion judicial en sí propia.

III.

13. El párrafo tercero de este artículo, tal como se encuentra hoy, es una adicion de la reforma de 1850. No se hallaba en el Código primitivo: quizá lo inspiraron en aquella ocasion las acumulaciones de penas á que dió lugar el art. 76, ora con motivo, ora sin motivo.

14. Sea de ello lo que fuere, el precepto añadido es humano, y de ninguna suerte se opone á la justicia. Toda vez que la autoridad judicial no deje de aplicar la ley ni de dictar sentencia con arreglo á ella, ningun mal puede señalarse de que llame la atencion del Gobierno cuando esa aplicacion le pareciese demasiado dura. El Gobierno verá—caso de encontrar justo aquel dictámen de los tribunales,—si es que la dureza resulta de la teoría general y exije una modificacion en el Código, ó si es que trae su causa de circunstancias accidentales, individuales, que solo hacen legítimo un indulto ó conmutacion de la pena en aquel caso. Precisamente porque eso puede suceder, es por lo que tienen los Monarcas la facultad de perdonar y de mitigar los castigos.

15. Pero debemos insistir, por conclusion de este Comentario, en recomendar á los tribunales inmensa mesura y prudencia sobre las exposiciones de ese género, para no fatigar al Gobierno con inútiles consultas. Desconfien algo de su celo, no se resuelvan á elevarlas sino cuando tengan una muy íntima conviccion. Mediten particularmente y con mucha especialidad acerca de lo que hemos dicho ántes; y comprendan bien cómo no es fácil cosa que ningun crímen verdadero, segun las leyes de la razon, haya dejado de erigirse en delito en el Código de que tratamos. Aquellas acciones, sobre todo, que ya fueron proscritas y condenadas por antiguas leyes, es imposible que solo por descuido hayan dejado de comprenderse en la nueva. Si en ésta no se hallan, debe necesariamente consistir en que no permite la razon, en que repugna á nuestra cultura, á nuestras costumbres. Tengan cuidado los que las echan de ménos, no sea que, en vez de acreditar una falta de prevision en las leyes, acrediten solo una falta de inteligencia en su razon, una falta de instruccion y de comprehension en sus ánimos.

Artículo 3.°

«Son punibles, no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

»Hay delito frustrado cuando el culpable, á pesar de haber

hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad.

»Hay tentativa cuando el culpable dá principio á la ejecucion del delito directamente por los hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquier causa ó accidente, que no sea su propio y voluntario desistimiento.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tit. 19, l. 18. Cogitationis poenam nemo patitur.*

Partidas.—Ley 2. tit. 31, P. VII. *Pensamientos malos vienen muchas vegadas en los corazones de los homes, de manera que se afirman en aquello que piensan para lo cumplir por fecho: et despues deso, asman que si lo cumpliesen, que farien mal, el repiéntese. Et por ende decimos que cualquier home que se repintiese del mal pensamiento ante que comensase á obrar por él, que non meresce por ende pena ninguna porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los homes. Mas si despues que lo oviesen pensado, se trabajasen de lo complir, comenzándolo á meter en obra, magüer non lo compliesen del todo, estonce serien en culpa et merescerien pena de escarmiento segunt el yerro que ficiesen, porque erraron en aquello que era en su poder de se guardar de lo facer, si quisiesen. Et esto serie como si algunt home oviese pensado de facer alguna traycion contra la persona del Rey, et despues comenzase de alguna manera á meterlo por obra, asi como fablando con otros para meterlos en aquella traycion que habia pensado, ó faciendo jura ó escripto con ellos comenzándolo á meter en obra, en otra manera alguna semejante destas, magüer non lo oviese fecho acabadamientre. Et eso mismo serie si veniese en voluntad da algun home de matar á otro, si tal pensamiento malo como este comenzase á lo meter por obra, teniendo alguna ponzoña aparejada para dárgela á beber, ó tomando cuchillo ó otra arma desnuda et yendo contra él para lo matar, ó estando armado assechándolo en algun lugar para darle muerte, ó trabajándose de lo matar en alguna otra manera semejante destas metiéndolo ya en obra; ca, magüer non lo compliese, meresce seer escarmentado, bien asi como si lo oviese complido, porque non fincó por él de lo complir si pudiera. Otrosi, decimos que si alguno pensase de robar ó de forzar alguna mujer virgen ó mujer casada, et comenzase á meterlo en obra trabando de alguna dellas para complir su pensamiento malo, ó levándola arrebatada, ca magüer non passase á ella meresce seer escarmentado, bien asi como si oviese*

fecho lo que cobdiciaba; pues que non fincó por él, por cuanto él pudo facer que se non cumplió el yerro que habie pensado. Et en estas cosas sobredichas tan solamente ha lugar lo qae diximos, que deben recibir escarmiento los que pensaren de facer el yerro, pues que comienza á obrar dél, magüer non lo cumplan. Mas en todos los otros yerros que son menores que estos, magüer los pensaren los homes de facer et comenzasen á obrar, si se repinteeren ante que el pensamiento malo se cumpla por fecho, non merescen pena ninguna.

Cód. franc.—*Art. 2.° reformado por el 13 de 1832. Toda tentativa de crímen que se haya manifestado por un principio de ejecucion, si no ha sido suspendida, ó si no ha carecido de efecto más que por circustancias independientes de la voluntad de su autor, es considerada como el crímen mismo.*

Cód. austr.—*Art. 40. Las circunstancias atenuantes que se derivan del hecho mismo, son:*

1.° Si el acto ha quedado en los límites de tentativa, y segun que se haya llevado más ó ménos cerca de la consumacion.

* * * * * * * * * * * * * * *

Cód. Nap.—*Art. 69. Cualquiera que á la voluntad de cometer un crímen, reune tales actos de ejecucion que nada le quede que hacer para llegar á su complemento; si este complemento no se verifica por causas fortuitas ó independientes de su voluntad, será castigado.... salvas las excepciones previstas por la ley en algunos casos particulares.*

Esta especie de tentativa se llama crímen frustrado.

Art. 70. La tentativa de un crímen que no se ha verificado aún, por causas fortuitas ó independientes de la voluntad del culpable, será castigada.... si se llegó á manifestar por actos exteriores próximos á la ejecucion, pero tales, sin embargo, que aún quedase á aquel algo por ejecutar para la consumacion del crímen: salvas siempre las excepciones previstas por la ley en algunos casos particulares.

Art. 71. Las tentativas de delito no son imputables sino en los casos en que especialmente lo determina la ley.

Cód. brasil.—*Del art. 2.°.... La tentativa de crímen no será castigada sino cuando el crímen intentado daria lugar á una pena de más de dos meses de prision simple, ó bien al destierro de la comarca.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 5.° La tentativa de un delito es la manifestacion del designio de delinquir, hecha por medio de algun acto exterior, que dé principio á la ejecucion del delito ó la prepare.*

Art. 7.° Por regla general, y excepto en los casos en que la ley determina expresamente otra cosa, la tentativa de un delito, cuando la ejecucion de éste no haya sido suspendida ó no haya dejado de tener efecto sino por alguna casualidad, ó por otra circunstancia independiente de la voluntad de su autor, será castigada.....

Art. 9.° El pensamiento y la resolucion de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningun acto para preparar ó empezar la ejecucion del delito, no están sujetos á pena alguna, salva la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley.

COMENTARIO.

I.

1. No aparece el crimen en el mundo como apareció la Minerva antigua en las teogonías de los filósofos y poetas griegos, saliendo de una vez y armada de la cabeza de Júpiter. La generacion de los proyectos criminales, su realizacion como hechos en la sociedad, es más detenida y más laboriosa. Entre ser y no ser el delito, hay una porcion de grados, hay una série de pensamientos, de incertidumbres, de resoluciones, de actos preparatorios, y de actos, en fin, de ejecucion, que ni los jurisconsultos ni los legisladores han debido dejar pasar sin examinarlos y sin calificarlos.

2. Nuestro Código, obra de la ciencia, debia fijar su vista en tales hechos, en tales circunstancias: no le era permitido, como á las antiguas leyes, pasar en silencio ese estado, que no es el de la inculpabilidad, y en el que no se ha cometido todavía, plena y definitivamente, el delito. Acerca de esa situacion eran necesarios principios, reglas, disposiciones: véase, pues, el análisis, cuyas bases supremas nos presenta y define este artículo.

3. Por él, además del delito consumado, en que nos ocupáramos hasta aquí, se declaran igualmente punibles el delito frustrado y la tentativa, y se definen el uno y la otra.

4. Ciertamente la ley no debia hacer más; porque á ella no le corresponden otras explicaciones que las de los hechos que caen bajo su poder. La ley penal no tiene que decir nada de las cosas que no castiga; porque ya ha declarado que la pena no alcanza sino á lo que ella designa préviamente. Respecto á la generacion, pues, del delito, sólo tiene que ocuparse en aquello que se eleve á su categoría, reclamando para sí análogas penalidades.

5. Pero nosotros, que vamos á exponer y á justificar la teoría de la

ley, podemos y debemos tomar de más alto la cuestion, invertir su órden, y proceder, no sintéticamente como hablan los códigos, sino en el órden natural en que la generacion del crímen se desarrolla y verifica. Podemos partir de la inocencia, para llegar al delito consumado.

6. Sujeta al escalpelo de la inteligencia humana, esa generacion comenzará para nosotros en el pensamiento del mal, oscura y desapacible nube, que mancha la pureza del ánimo. Sigue el deseo de ejecutarle: sigue la vacilacion, que traen consigo las relaciones de la conciencia: sigue la fascinacion que nos deslumbra, empeñando y acallando aquella otra, y haciéndonos resolver en nuestro mal propósito. Fija de este modo la voluntad, tiende y procura, segun las leyes de la naturaleza humana, á convertirse en hecho. A veces, hay vociferacion ó amenaza; á veces hay actos preparatorios, inocentes por sí mismos, malos por la intencion que los inspira, y que son indispensables para facilitar ó para hacer posible el último acto. Aquí se entra en la esfera de la tentativa, comenzando de hecho la ejecucion. Obstáculos extraños, casualidades imprevistas, repentinos é inesperados sucesos, pueden hacer fracasar la obra proyectada y comenzada. Tambien el arrepentimiento, esa postrer áncora de la inculpabilidad, puede hasta la última hora salvarla en su naufragio. En tanto que queda algo por hacer para la consumacion del delito que se intenta, siempre es posible ó el propio desistimiento, ó la aparicion de un obstáculo que lo embarace. Mas llega por último el postrer paso del actor, termina su propósito, cumple su voluntad, en cuanto á sí: nada deja por hacer de lo que es necesario para la consumacion de su obra. Esa obra, sin embargo, puede no estar consumada. El delito puede haberse frustrado. Su accion puede no haber caido en la persona á quien la dirigia. O bien el hecho se consumó plenamente; y lo que comenzó por una leve nube, se ha terminado en una explosion horrorosa: el crímen está cometido, realizado, llevado enteramente á cabo.

7. Hé aquí la série de que hablábamos ántes: hé aquí la generacion del delito, íntegra, completa, con todo lo que en ella pueda ocurrir. Examinémosla ahora parcial y detalladamente.

8. Primera faz ó primer estado.—Pensamiento, deseo, vacilaciones, resolucion del delito. Débense reunir bajo un punto de vista estos diversos grados de la série, porque en ellos no puede encontrar ni señalar diferencia la justicia humana. Hay entre ellos todos una cualidad comun, que los exime de su jurisdiccion: la de ser actos de la conciencia, la de no tener ningun accidente externo, que los realice en la sociedad. No se ha turbado el órden público: aún no ha habido siquiera el mal de la alarma: toda la perturbacion que ellos inducen de las leyes morales es una perturbacion interna, á cuyo enderezamiento no alcanzan el poder ni el derecho de los hombres. No hay *accion* ni *omision*, y por consiguiente no hay nada punible. Ulpiano lo habia dicho con su sentenciosa y concisa expresion: *cogitationis poenam nemo patitur*. Es un sa-

grado el de la conciencia, cuando el hombre está encerrado en sus pliegues.

9. Seguidamente á los actos interiores, hemos hablado de la amenaza de delinquir, de la vociferacion de los propósitos criminales. La amenaza es una accion, y puede caer, por tanto, bajo el poder de las leyes: la amenaza *puede* indicar resolucion de cometer un crímen, *puede* alarmar á la persona contra quien se dirija, y por consiguiente puede tambien dar motivo á preceptos particulares de este Código. La amenaza puede ser erigida en delito, ella sola, ella de por sí. La ley lo hará, cuando estime que en efecto ha de causar alarma, ha de causar males.

10. Por lo demás, téngase presente que solo hemos dicho «*puede*» hablando de ella. Más bien que una resolucion meditada de cometer delitos, lo que indica su amenaza es un rapto de cólera, que hace prorumpir en declamaciones poco temibles. Los que amenazan matar, no son los que matan: si alguno amenazase robar, no sería quien robara él. La amenaza previene al amenazado; y por lo mismo, lejos de ser un acto preparatorio del crímen, es un acto que previene para que se evite su comision. El que se dispone á cometerlo, no por medio de jactanciosas revelaciones, sino en el silencio y en la oscuridad, es como se prepara.

11. Si, pues, la ley, por una parte, puede declarar ciertas amenazas actos punibles, como delitos consumados, como que son acciones perfectas; por otra, no debe darles el carácter de tentativa, de acto preparatorio, de fraccion, si es lícito decirlo así, del delito á que se refieren. La amenaza puede ocurrir en este camino; pero no es naturalmente parte de este camino. Volvemos á decir que no es el que amenaza quien ejecuta; y por eso es por lo que todos nos hemos reido en este mundo de mil amenazas de que hayamos sido objeto, sin darles más estimacion que la que se puede dar á las vacías exhalaciones de una liviana cólera.

12. Lo que verdaderamente viene en pos de los actos internos, de la resolucion de delinquir, son los actos preparatorios para el delito, cuando éste, como sucede de ordinario, los ha menester.—«No solo se ha admitido y acariciado el pensamiento del mal, no solo se ha resuelto decididamente ejecutarlo, sino que se principian á practicar hechos exteriores, con objeto de preparar las vías para aquel, de proporcionarse los medios de allanar los obstáculos que se opongan á su realizacion. Ya se ha adquirido la llave, ya se ha comprado el puñal, ya se ha confeccionado el veneno, ya se ha escrito el libelo que debe publicarse. Dáse principio á los actos que han de facilitar la ejecucion del crímen, pero el crímen mismo no está principiado todavía. ¿Qué es lo que corresponde, en semejantes casos, á la justicia humana?

13. «La justicia humana no tiene todavía accion, por regla general, sobre la persona que ha resuelto ser delincuente. Puede tenerla, á vir-

tud de otro especial delito, si entre los actos preparatorios para el ideado, hay alguno que tenga de por sí ese mismo carácter. Pero si ellos particularmente son inofensivos, si todo el mal de su ejecucion consiste en el moral que se deriva del intento con que se les pone por obra; dicho se está en eso mismo que aún no se ha entrado bajo la jurisdiccion de los poderes del mundo, y que permanecen exentos de quien no puede elevarse á la region de la conciencia. Todo lo que compete, y es un deber de la autoridad, consiste en la vigilancia respectiva á los que indiquen con sus actos la responsabilidad ó la existencia de pensamientos criminales. Con justicia se seguirá y se inspeccionará su conducta; mas de los hechos de policía á los del procedimiento penal hay siempre una considerable distancia, que no puede salvarse sin motivos legítimos, sin la existencia de un verdadero crímen (1).»

14. Despues de los actos preparatorios, ó cuando ménos, si á la vez, independientemente de ellos, es cuando tiene lugar la tentativa del delito. Aquí, en ella, es donde encontramos ya la disposicion del artículo que nos ocupa. La tentativa puede entrar y entra bajo el poder de la ley.

15. Ya han principiado los actos de ejecucion. Ya se ha *metido el designio por obra, magüer no se oviese fecho acabadamente*. Ya, no solo se ha comprado la llave con que se debia abrir la puerta, sino que armado con ella se ha dirigido su poseedor á la que deseaba abrir, y la ha metido en la cerradura, y le ha dado una vuelta, y la puerta se ha abierto, ó está á punto de abrirse. La mano del criminal toca el objeto que su ardorosa y fascinada mente codiciara. El delito está principiado.

16. Tal es la situacion que nos define el tercer párrafo del artículo. Se ha comenzado la obra *directamente*, esto es, por medios que no dejaban duda de ser ella la que se intentaba. Se la ha comenzado por *hechos exteriores*, por hechos visibles, sensibles, no sujetos solo, como los de la conciencia, á la estimacion y al juicio de la Divinidad, sino que caen bajo el dominio de los hombres, porque hieren sus sentidos, porque necesariamente han de juzgarlos con su inteligencia. Hay indudablemente principio de ejecucion de un hecho vedado y penado.

17. Mas este principio de ejecucion, ó se lleva á cabo y se termina, ó se interrumpe y queda sin consumar. Si se lleva á terminacion, es el delito que se ha completado; en tal caso, no hay que ocuparse del intento: en lo mayor va comprendido lo menor, el todo incluye las partes. Si se interrumpe y queda sin consumar, esto puede proceder de dos causas diversas. O bien es que un accidente ó causa extraña ha motivado la suspension, embarazando ó impidiendo que la obra se concluya;—ó bien es que el agente se ha arrepentido, y por un estímulo propio é interno, por ese arrepentimiento, por remordimiento, por miedo siquiera, ha desistido libremente de su propósito. En ambos casos, el delito no se com-

(1) Lecciones de Derecho penal. Leccion VII.

pleta: la ejecucion principiada aborta, y queda solo reducida á principio.

18. El primero de estos dos casos es el que llama *tentativa* el artículo que nos ocupa.

19. Al definirla así, la ley solo dice en este lugar que es punible. No dice cómo ha de serlo: no dice en qué proporcion se le ha de aplicar la pena, comparativamente con la del delito consumado. Unicamente fija una base, que se completará y desenvolverá despues. Unicamente dice que no es un acto de inocencia el principio de los actos criminales, cuando solo accidentes y motivos externos han embarazado al que los cometia, en su prosecucion. Y la ley dice bien: porque si la esencia de la accion punible consiste en que haya voluntad por parte del agente, y accion verdadera que perjudique á la sociedad y reclame castigo, de ningun modo puede dudarse que la voluntad plenamente existia, y que la accion ha comenzado á existir en estos casos. El mal habrá sido menor, sin duda alguna, que si el delito se consumára del todo; pero mal habrá habido sin remedio, aunque no fuese sino el mal de la alarma, toda vez que tuvo principio, que apareció, que se verificó algo de hecho criminal. La ley tiene razon en la base que funda.

20. Pero nos queda ahora que examinar el otro caso que hemos fijado como posible.—No fueron casualidades, motivos externos los que impidieron llevar á cabo el todo de la voluntad del agente; fué su propia voluntad, que vaciló, que retrocedió, que se arrepintió en medio de la obra, y que dejó espontáneamente de hacer lo que le faltaba para concluirla.

21. ¿Llamaremos tambien á este hecho tentativa? ¿Le declararémos tambien punible?

22. Desde luego, la ley ni le llama con ese nombre, ni le declara en este caso. La ley le excluye explícitamente de aquel género, en las últimas palabras del artículo que se examina. La ley dice: «Hay tentativa, cuando el culpable da principio, etc.... y no prosigue, por cualquier causa..... que no sea su propio y voluntario desistimiento.» Luego cuando deja de proseguir por este propio y voluntario desistimiento, la situacion es otra, y no cae bajo la definicion. Falta la índole legal, las circunstancias expresas de la tentativa. El acto no está comprendido en el derecho que ordena y regula á estas.

23. ¿Cuál será, pues, la ley en semejante situacion? ¿Será punible, volvemos á decir, aquel principio de intento, abandonado por la misma voluntad del agente?

24. Es menester distinguir con cuidado, para responder á semejantes preguntas. Es menester considerar qué era lo que estaba hecho cuando el actor se arrepintió, y puso término á su obra. Los actos por los cuales se principia un crimen, pueden ya ser crímenes de por sí, no como tentativas, sino como obras completas. En semejante caso, cuando el arrepentimiento viniere despues de haber consumado un delito

menor, que es preparatorio para otro más grave, ese arrepentimiento no puede deshacer lo que está terminado, ni justificar al que lo cometiera. Supongamos que un hombre trataba de matar á otro; que para ello le ató, ó le tiró al suelo, y que, arrepentido despues, sin que nadie le obligara, le abandona espontáneamente y se retira. Esa nueva y justa voluntad no puede deshacer lo que fué hecho: la muerte, el asesinato, no existen; la tentativa, segun la definicion de la ley, desaparece; pero la violencia se ha realizado, y la violencia, por sí, áun sin intencion de matar, es un delito. El arrepentido purgará la culpa, que ya no evitaba con su tardío arrepentimiento. Aparte del intento contrastado, hubo un intento cumplido.

25. Pero supongamos que no habia cometido delito alguno, *sui generis*, en los actos que realizara, como preparatorios de su crímen principal. Alzó la mano para herir, pero la detuvo y no hirió. Abrió, sin rompimiento, las puertas, llegó al arca en que se guardaba el dinero, tomó éste; pero se contuvo, lo volvió á dejar, cerró los ojos, lanzó la tentacion, partió dejando lo que no le pertenecia. En semejante caso, no hay ningun precepto en el Código que le castigue, no hay ninguna pena señalada contra él. Ese acto ni es delito, ni delito frustrado, ni tentativa. La ley tambien ha cerrado sus ojos para no contemplarle; y cuando la ley calla, ninguna accion es punible (art. 2).

26. Y la ley ha tenido razon en ese silencio. Cuando ántes de dar el primer golpe se retira el puñal que ya se levantara; cuando ántes de suministrar el veneno preparado, se vierte y tira voluntariamente la confeccion; si ese principio de las acciones del crímen no ha dejado señal alguna irreparable del mal propósito, si fué completo el efecto de la revolucion verificada en el ánimo del agente, no habiendo llevado á cabo nada que por sí solo fuese delito;—no se concibe, á la verdad, cómo podria decretarse un castigo contra aquel hombre, que reparó él propio cuanto mal habia causado, y que si produjo un desórden, una alarma con su principio de accion, dió tambien un digno ejemplo con su vuelta bajo el imperio de la ley, mayor todavía que el que hubiera podido dar, expiando en las prisiones ó en el suplicio el doloroso extravío que le fascinara por algunos instantes. Lo que la ley ha hecho, la razon lo aprueba plenamente.

27. «Es menester—hemos dicho en otra ocasion—no desmoralizar la sociedad á fuerza de dureza, como no conviene desmoralizarla por una indulgencia suma. Nada es más justo que el castigo de los delincuentes que merecen el nombre de tales; pero nada sería más injusto ni más perjudicial que ese mismo castigo, aplicado á los que abandonaron las vías del crímen ántes de su consumacion. Es necesario que el arrepentimiento sea una puerta que se halle siempre abierta de par en par, y por la que entren sin dificultades cuantos no lleven el indeleble sello del delito. La naturaleza de la justicia lo quiere así, y la consideracion de los resultados, el bien de la sociedad, lo quieren igualmente. ¿Quién

se atreveria á tirar la primer piedra contra el que abjura arrepentido de sus malas intenciones, cuando éstas no llegaron á consumarse? ¿Quién querrá obligar á la comision de un crímen, á todo el que pisó el sendero que conducia á él?—Esto es imposible. El arrepentimiento no borrará para la justicia humana los delitos que están ya consumados; peró aniquilará el demérito del comenzamiento, cuando éste no haya consistido en realidades que sean delitos por sí solos (1).» Esto que decíamos en 1840, la ley lo ha sancionado en 1848.

II.

28. Hasta aquí hemos recorrido la série de actos que pueden preceder al crimen, y que forman su generacion, segun la palabra de que nos servimos para comprenderlos todos. Ahora nos vamos á ocupar en el exámen del crímen ó delito frustrado, de que se habla con especialidad en el párrafo segundo del presente artículo.

29. No es este ya uno de los pasos que constituyen la obra de los criminales: es la obra misma, es el acto entero, por lo que á ellos toca; es la consumacion de cuanto les importaba hacer para conseguir su punible objeto. Si ese mal propósito no se ha realizado, ó no se ha realizado plenamente, ha sido por causas extrañas, accidentales, agenas, opuestas á la voluntad del actor: éste llevó á cabo lo que tenia que realizar; su accion fué completa y terminada. Disparó la pistola sobre el pecho de su víctima: echó el veneno en el vaso donde iba á beber, y le consideró impasible mientras bebia: abrió su cómoda, y se llevó los cartuchos que creia llenos de oro. Si el tiro no salió; si el veneno no hizo efecto; si los cartuchos estaban lleños de cuartos; si no sucedió, en fin, el mal en que habia de consistir el delito, no ha sido ello porque el delincuente dejara de hacer cuanto estaba de su parte. Moralmente, el crimen estaba cometido en la esfera de las intenciones. En la de los hechos, el delito se ha frustrado; la accion faltó; el mal personal y directo, el mal *de primer órden*, no existió afortunadamente.

30. Que ese delito frustrado, cual le define la ley, y como nosotros acabamos de definirle, debe ser objeto y materia de penalidad, es un punto sobre el que no concebimos la menor duda. Cuando la intencion es tan notoria; cuando el acto, de parte del agente, se ha llevado al último término; cuando á pesar del acaso feliz que impidió todo el mal que debia seguirse, no ha sido posible impedir la natural alarma que debe resultar de tales hechos; la razon y la utilidad pública, la conciencia y la reflexion, todo reclama á la vez el castigo del que, bien á boca llena, podemos llamar delincuente. Cierto es que el delito frustrado no es, ó no produce un mal tan grande, como el del delito consumado y verdadero; pero siempre es bastante el que produce, ya en la esfera moral, y

(1) Véanse nuestras Lecciones de Derecho penal. Leccion VII.

ya en la social, para que no pueda dejarse impunes á sus autores. La sociedad se extremeceria, si no hubiese para ellos castigo.

31. Hemos indicado algunos casos, para notoria comprension del hecho á que nos vamos refiriendo, y de la misma suerte pudiéramos aumentar las indicaciones que los multiplicasen. Tambien pudiéramos ordenarlos por categorías, y distinguirlos segun la causa que hubiese hecho frustrarse el mal propósito. Fuéra fácil, por ejemplo, colocar en una aquellos actos que no tuvieron consecuencia, porque era imposible que la tuviesen, fundándose en un supuesto y partiendo de un principio erróneos; y colocar ó destinar á otra, aquellos que bien la pudieron tener, y que solo se frustraron por circunstancias accidentales. Al primer órden corresponderian el apuñalamiento de una persona ya muerta, y por consiguiente imposible de matar: el envenenamiento intentado con una sustancia inocente, creyéndola por error ponzoñosa: el robo emprendido en un lugar donde no habia cosas de valor, ó en efectos que se creyesen importantes, y que en realidad no lo fueran. Al segundo corresponderian el tiro disparado á quema-ropa, y que no salió: la puñalada que no penetró en el pecho, porque al golpe, con un boton, se quebró la cuchilla; y tantos otros casos, en fin, que pueden figurarse, ó que todos los dias se nos presentan, y en los que solo lo que los hombres llaman un accidente, una feliz casualidad, evita el cumplimiento objetivo de las acciones criminales. Todo esto, repetimos, seria posible: todo este análisis, fácil y fructuoso, nos ocuparia desde este mismo instante, si no recordáramos que en este lugar fijamos únicamente el principio que hemos de resolver despues, y si no advirtiéramos que es inútil para su comprension el detenerse en tales explicaciones. Aquí no es igual que la frustracion del delito proceda de una ú otra causa, siempre que esa causa sea independiente de quien lo emprendiera. Eso es lo que lo califica, eso lo que le da su índole, eso lo que le hace merecedor de castigo. Por eso se contrapone al arrepentimiento: por eso le encontramos en este artículo de la ley al lado de la tentativa.

32. Tampoco corresponde que nos ocupemos ahora en el grado de la penalidad, ó de lo más ó ménos severa que ha de ser esta con semejantes obras. Dícese únicamente aquí que tales actos son punibles: en su lugar verémos de qué suerte han de ser penados.

III.

33. Como hemos visto en los párrafos que preceden, nuestra nueva ley es clara, es natural, es filosófica, en todo lo tocante á la generacion del crímen, á la tentativa y al delito frustrado. Lo que la razon inspira en esta esfera de los principios y las bases, eso mismo es lo que ella establece y manda. Nuestro Comentario ha sido la aprobacion de sus preceptos.

34. No pudiéramos decir otro tanto si hablásemos de las antiguas le-

yes. Toda esta materia encontrábase en sus disposiciones, ó diminuta y confusa, ó resuelta sin tino y sin acierto.

35. En el Derecho romano, aparte de la bella y filosófica expresion que hemos citado antes «*cogitationes poenam nemo patitur,*» nada tenemos acerca de la generacion del crímen, de las tentativas y de los delitos frustrados. ¿Dependia esto de que la ley rechazaba su castigo, eximiendo á los autores de toda responsabilidad? ¿Procedia, por el contrario, de que el crímen intentado se tenia por cometido, *inceptum pro completo?* Ambos sistemas son, en nuestro juicio, erróneos. La tentativa no es el crímen, y lo frustrado no es lo conseguido; pero la tentativa y el delito frustrado están muy lejos de ser actos inocentes.

36. Hemos visto ya, en las Concordancias, cuán confusa es en este punto la legislacion de las Partidas. El mérito del arrepentimiento respectivamente á los crímenes que juzga de gran consideracion, está en ellas limitado más de lo justo, pues que solo exime de responsabilidad cuando es anterior á los primeros actos del crímen mismo: la preparacion, la tentativa y la frustracion de éste, ni se distinguen, ni se caracterizan, ni se penan con la diversidad que debia señalarlos, y como la conciencia y la razon nos mandan penarlos, caracterizarlos y distinguirlos. Las Partidas atienden más aquí al principio moral que á las consideraciones sociales y á los límites de la justicia humana. Todo es para ellas una misma cosa, como no sea, de un lado, la comision completa del delito, y de otro el arrepentimiento ántes de empezar á obrar, de empezar siquiera á preparar. Nuestros legisladores del siglo XIII veian sin duda todos los grados de la generacion del crímen, pues que de todos ellos hablan; pero veíanlos sin claridad, pues que todos los mezclan y los confunden.

37. Pero eso no podemos extrañarlo en un código de aquel siglo. En los modernos es, y no encontramos por lo comun clara y dilucidada esta materia. Ni en el francés, ni en el austriaco, ni en el del Brasil, se distinguen el delito frustrado de la tentativa. Bajo este segundo nombre se confunden la una y la otra accion, y la penalidad señalado á éste es la que alcanza y reprime á ambas. La expresion *delito frustrado* no es una expresion técnica en semejantes leyes.

38. Sin embargo, la division que hemos hecho, siguiendo el artículo de nuestro Código, esa division que ya habia consagrado ántes que él la ley penal de las Dos-Sicilias, esa teoría que encontramos formulada en los buenos tratadistas modernos de derecho criminal, son una division y una teoría que traen su orígen de la naturaleza, y que el buen sentido y la razon y la práctica aprueban como filosófica y como útil. No proceden solo de un capricho, ni conducen á resultados imaginarios, sino que son verdaderas en sí, y oportunas en sus aplicaciones. El delito frustrado y la tentativa, diferentes por su índole, lo son tambien en sus esferas de criminalidad: el primero es más grave y de más pequeño horizonte; la segunda se dilata por mucho más prolongados términos.

y no descubre todavía una inmoralidad tan completa. Aquí, há lugar aún al arrepentimiento; en aquel era ya imposible.

39. Y sobre todo, son por sí dos cosas distintas. Aunque supiéramos que debiese aplicarles la ley penalidades semejantes, siempre sería necesario recordar que en sí mismos son de diferente especie. Muchos delitos consumados se castigan tambien con una propia pena, como que la lista de los males que puede emplear el legislador, es mucho más corta que la de aquellos que ha de reprimir; y sin embargo, no decimos que esos delitos, para los que hay un castigo igual, sean un delito solo. Pues aqui tambien puede ser única y la propia la pena del crímen frustrado y la de la tentativa de crímen, sin que aquel y ésta se confundan. Lo que los distingue es de tal importancia, que jamás consiente la confusion.

40. Ha adelantado, pues, nuestra ley, no solo sobre las antiguas, sino sobre la mayor parte de las contemporáneas. Ha seguido mejor que ellas las enseñanzas de la filosofía. Ha analizado mejor lo correspondiente á la generacion del crímen. El exámen más rigoroso no tendrá nada que reprochar en un punto tan importante. No son posibles ni más concision ni más lucidez.

Artículo 4.°

«Son tambien punibles la conspiracion y la proposicion para cometer un delito.

»La conspiracion existe cuando dos ó más personas se conciertan para la ejecucion del delito.

»La proposicion se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito, propone su ejecucion á otra ú otras personas.

»Exime de toda pena el desistimiento de la conspiracion ó proposicion para cometer un delito, dando parte y revelando á la autoridad pública el plan y sus circunstancias, ántes de haberse comenzado el procedimiento.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 89 (reformado en 1832). *Hay conspiracion* (complot) *desde que se ha concertado y fijado la resolucion de obrar entre dos ó más personas.*

Art. 90 (reformado en 1832). *Si ha habido proposicion hecha y no aceptada de formar una conspiracion para cometer los crímenes mencionados en los artículos* 86 *y* 87 (crímenes contra la persona del Rey, su familia ó el Gobierno), *el que la hubiere hecho será castigado con....*

Cód. napol.—*Art.* 125. *Existe la conspiracion desde el instante en que se han concertado, y fijado medios de obrar, entre dos ó más individuos.*

Cód. esp. de 1822.—*Art* 4.° *La conjuracion para un delito consiste en la resolucion tomada entre dos ó más personas para cometerlo. No hay conjuracion en la mera proposicion para cometer un delito, que alguna persona haga á otra ú otras, cuando no es aceptada por estas.*

Art. 6.° *La proposicion hecha y no aceptada para cometer un delito, y la conjuracion en que no haya llegado á haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en que la ley lo determine expresamente.*

COMENTARIO.

1. Este aríeulo no fué así desde luego. Cuando se promulgó el Código en 1848, si comprendia iguales definiciones de la proposicion y conspiracion, sus preceptos eran precisamente los contrarios de los que son ahora. Lo copiarémos como fué, y compararán nuestros lectores.

2. Artículo primitivo: «*La conspiracion y la proposicion para cometer un delito solo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.*—La conspiracion existe cuando dos ó más personas se conciertan para la ejecucion del delito.—La proposicion se verifica cuando

el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecucion á otra ú otras personas.»

3. Véase, pues, que no nos engañamos ni exageramos. La redaccion primera establecia este principio: Sólo son punibles los actos de que aquí se trata cuando la ley especialmente lo ha establecido así: por regla general no lo son.—La redaccion actual establece este otro: Los actos de que aquí se trata son esencialmente punibles; y solo eximirá en ellos de castigo el desistimiento, cuando lo acompañe una revelacion completa á la autoridad.

4. En medio de semejante contradiccion, nosotros vamos á insertar nuestro primitivo Comentario, el que pusimos al artículo como fué, y añadiremos á continuacion lo que creamos preciso, visto el artículo como es hoy.

I.

Decíamos así:

5. «Seguimos la materia del artículo anterior. Continuamos ocupándonos de la generacion del delito. Tenemos que volver á las explicaciones del precedente Comentario, no para variarlas ó enmendarlas, sino para confirmarlas, para ampliarlas, para extenderlas á nuevos puntos de vista.

6. »Cuando dijimos allí que el órden de esa generacion, que la expresion de esa série, era:—pensamiento,—deseo,—dudas y combates interiores,—resolucion,—actos preparatorios,—tentativa,—delito; fué considerando á éste como una obra individual, para la que no se necesitaba más que una sola persona. Tal es el crimen, en la mayor parte de los casos en que se presenta al mundo; y tal siempre, considerado en su carácter elemental y simple, en cada uno de los individuos que pueden cometerle. Para cada cual de por sí, no hay más que esos pasos, esos grados, esos escalones.

7. »Pero hay crímenes que se conciertan y se ejecutan por más de una persona. O por necesidad, ó por acaso, suele suceder que no sea uno solo su autor, sino que varios individuos hayan concurrido á idearle, á prepararle, á consumarle. Decimos que esto es por acaso, cuando lo mismo que dos ó muchas personas, pudo ser sola una la que lo emprendiese: un asesinato, un robo, por ejemplo. Decimos que esto es por necesidad, cuando el poder de un hombre solo sería insuficiente para el objeto que se proponia: todos ó casi todos los delitos políticos pertenecen á este órden. Mas sea lo que quiera de esa division, el hecho es que hay delitos individuales y delitos comunes á varias personas.

8. »Pues bien: para estos últimos delitos de que hablamos, es menester que haya algunos pasos, algunos grados más que los que se habian indicado ántes: no en cada uno de los que los cometen, sino en la relacion, en el acuerdo de los unos con los otros. Para que dos ó más personas concurran de consuno á cualquier acto, necesítase, sin duda,

que una lo proponga, y que otra lo acepte: que haya invitacion, que haya resolucion, que haya concierto. Lo que en el delito individual es el pensamiento y la determinacion, en el delito colectivo es la propuesta de uno y el acuerdo de los restantes.

9. »Los términos técnicos con que se expresan estas ideas, son los de *proposicion* y *conspiracion*.

10. »La ley, cuyo anterior artículo se ocupaba en la tentativa y el delito frustrado, se ocupa por éste en la proposicion y la conspiracion para dilinquir. Aquellos eran en la série del delito particular, aparte del delito mismo, los únicos actos sujetos á sus penas: estos otros podian serlo tambien en el delito colectivo; y por lo tanto, era indispensable consignar sus definiciones, y señalar los casos en que precederian esas penas.

11. »Siguiendo aquí el mismo método que en ese artículo anterior se habia observado, divídese, como en aquel, en tres párrafos todo el contexto de éste. El párrafo primero declara qué conspiraciones y qué proposiciones de delito son punibles. El segundo define la conspiracion. El tercero la proposicion de delinquir.—Como se vé, pues, la ley ha adoptado una forma, y no quiere variarla. Y en hacerlo así obra con completa razon, pues que la primer condicion de las leyes es la clari dad, y evidentemente contribuye á ésta la constancia en el modo de presentar los pensamientos. Lo que se hizo con la tentativa y el delito frustrado, se hace ahora con la conspiracion y la proposicion de delinquir. La variedad es buena en retórica, pero mala en derecho.

12. »Solo que en el artículo anterior decíamos que la tentativa y el delito frustrado son por su naturaleza punibles, y de consiguiente siempre lo son; mientras que en este decimos que la conspiracion y la proposicion de que se habla, no lo son sino en los casos en que especialmente las pena la ley. La regla, pues, que se establece, es lo contrario de la penalidad, y el precepto consiste en una excepcion sola. En principio, en el mayor número de los casos, esos actos á que aquí nos referimos no son punibles: la ley, que de seguro no los mira como meritorios ni como inocentes, cierra los ojos sobre ellos, no los examina, no los juzga. Únicamente en ciertos casos especiales, los señala y los condena. Únicamente en ciertos casos especiales, los eleva á la triste condicion de delitos. De manera, que cuando se nos ofrezca un caso de conspiracion ó de proposicion, no nos bastará investigar, como nos sucederia en uno de tentativa, si la obra para la cual se disponen los conspiradores, es un delito declarado tal por las leyes. Todavía con esa averiguacion no hemos adelantado nada. Es menester continuar investigando, é inquirir si la conspiracion ó la proposicion para aquel delito son de las especialmente exceptuadas, de las especialmente contenidas en el Código como punibles. En una palabra, si están declaradas delitos ellas propias.

13. »Supuesta tal doctrina y tal necesidad, quizá podrá ocurrir á al-

guno que la disposicion de este artículo, al ménos la de su primer párrafo, era innecesaria. Toda vez que se ha establecido (art. 2) que no serán castigadas más acciones ú omisiones que las declaradas delitos ó faltas por la ley, parece que bastaba con callar acerca de los hechos en que nos ocupamos, para que nadie pudiese calificarlos, por regla general, de punibles. Que dijese en buen hora la ley cuáles son las conspiraciones ó proposiciones á que señala la pena; pero no hablando de las demás, claro es que no las estimaba delitos, y ni preceptuaba ni consentia que se las persiguiese.—La observacion es ciertamente de una rigurosa lógica.

14. »Sin embargo, nosotros preferimos lo que la ley ha hecho. Será, si se quiere, redundancia; pero no nos parece mal, ni creemos que estorba esa declaracion de dos renglones. No estamos tan seguros de la lógica universal, que los creamos plenamente supérfluos. Quizá sería fácil en la práctica que la conspiracion y la proposicion fuesen consideradas como parte ó principio de tentativa, y se quisieran penar bajo este concepto. Es menester no olvidar los malos hábitos en que estamos amamantados, y las tendencias de dureza á que se dejan llevar nuestras costumbres. Mejor es, volvemos á repetir, que se haya sentado explícitamente esta base. Supuesto que al cabo algo se habia de decir sobre conspiraciones y proposiciones, pues que algunas de ellas han de ser punibles, no hay ningun mal, sino por el contrario, bien, en que se haya escrito la doctrina general que las rige. El párrafo primero del artículo está, pues, en su lugar.

15. »Los dos siguientes explican y definen lo que es la conspiracion, y lo que es la proposicion de delinquir.

16. »*Conspiracion.* De esta palabra se ha abusado horriblemente, si no en los delitos privados y comunes, á los cuales en el idioma vulgar jamás se aplica, sí en los delitos políticos, de los cuales es la rama más fructuosa. La suspicacia de los gobiernos y de sus agentes se ha apoderado de ella, como del arma de más alcance, para herir á los que estimaba sus contrarios. La conspiracion ha sido la fantasma general que ha quitado el sueño á más ministros, á más jueces, á más empleados de policía. El misterio la ha abultado siempre: el temor ha hecho gigantescas sus proporciones: en los momentos de agitacion política que hemos alcanzado, la imaginacion de los que temen su ruina por ella, la ha concebido como Virgilio concebia á la Fama: *ingrediturque solo, et caput inter nubila condit.*

17. »Al ocuparse, pues, la ley en la conspiracion, ha debido poner el mayor cuidado en definirla. La ley, creada para defender á la sociedad en todo lo que tiene de justo y de legítimo, no podia dejarla desarmada á presencia de un peligro real y verdadero. Mas tambien la ley, creada para garantir á los ciudadanos en todo lo que es inocente, ó por lo ménos en todo lo que no es punible, no podia tampoco abandonarlos á los más ó ménos excusables terrores de un poder asustadizo y suspicaz. De aquí la importancia de esta definicion.

18. »La ley, pues, ha dicho: existe la conspiracion cuando dos ó más personas se *conciertan* para la *ejecucion* del delito.—Y esas palabras *concierto* y *ejecucion* que usa la ley, son, de seguro, palabras muy notables, y que no se han puesto sino despues de maduras reflexiones.

19. »Vése desde luego que no basta que la idéa de un delito, la idéa de poder cometerle, ocupe á dos ó más personas, para que haya entre ellas conspiracion. No es, á la verdad, un acto inocente el entretenerse en tales suposiciones, ni el familiarizarse con tales pensamientos: juegan los que tal hacen con el peligro, y no tendrá nada de extraño que se deslicen y caigan, por último, en él. Pero la ley humana tiene que considerar mucho lo que hace, tiene que justificar plenamente sus obras, y no puede proceder á una condenacion sino cuando las ventajas de ésta sobrepujan con gran exceso á los inconvenientes. De aquí es que todos los actos de dudosa inocencia tienen que ser considerados como si fueran de inocencia indisputable; de aquí es que áun respecto á muchos que moralmente son malos, la ley tiene que cerrar los ojos, y prescindir de su comision. ¿Á dónde iríamos á parar? ¿Cuál sería el resultado que obtendríamos si solo la conversacion acerca de cometer un crímen fuese ya condenable por una sentencia? ¿Cuáles y cuán tristemente fecundos no serian los resultados?

20. »Ni áun la expresion del deséo, relativamente al delito, deséo manifestado en comun por varias personas, constituye todavía la conspiracion. Decimos de aquel, lo que del discurso, del exámen, de la conversacion acerca de éste, hemos dicho en el precedente párrafo. No hacen bien los que se ocupan en sus comunicaciones, ó interesadas ó amitosas, en desear la comision de cualquier acto prohibido. Pero todavía de ese deséo, de esa complicidad moral, al acto mismo hay una inmensa distancia: todavía es cierto que esa distancia no la salvan el mayor número de los que piensan, acarician ó deséan los hechos criminales. La reflexion, el temor, mil causas, más ó ménos morales, pero todas efectivas, los contienen en esa todavía inofensiva aunque peligrosa esfera. Del pensamiento del crímen, de su deséo, no se sigue aún el crímen mismo: su ejecucion está muy léjos: queda mucho á que resolverse, mucho que andar, mucho que osar, primero que llegar á ella.

21. »Así, ni el ocuparse dos personas en la posibilidad de un delito, ni el desearlo, es conspirar para su comision. La ley exige más, y el buen sentido aprueba las exigencias de la ley.

22. »El párrafo que examinamos lo establece de un modo terminante. Conspiran solo los que se *conciertan* para la *ejecucion* del crímen. Es, pues, necesario que la *ejecucion* esté resuelta, y que se verifique el *concierto*. Cuando no se trata de ejecutar; cuando nadie se ha concertado para la comision del acto punible, importa poco que se le haya deseado, poco que se haya discurrido sobre él; la conspiracion no existe. Esa conversacion, ese deséo, escapan al alcance de la justicia humana.

La ley no los llama con aquel nombre, no los castiga. Para él son condiciones indispensables el acuerdo y el propósito de obrar.

23. Despues de haber definido así la conspiracion, el párrafo siguiente del artículo define la *proposicion para delinquir*. No era esto ménos necesario, ni debia hacerse con ménos esmero. Si era indispensable evitar con aquel que se juzgase como conspiradores á los que solo hubiesen discurrido sobre un hecho ilícito, ó manifestado hácia él sus simpatías, tambien lo era evitar con éste, que á cualquiera vaga é informal conversacion que alguno promoviese sobre tales asuntos, se la calificara de proposicion criminal. Lo que en dos no habia de ser delito, ni en uno tampoco era justo que lo fuese. La disposicion quedaria incompleta sin el tercer párrafo.

24. »Este dice: verifícase la *proposicion* cuando el que *ha resuelto* cometer un delito *propone su ejecucion* á otra ú otras personas.—Vése, por consiguiente, en esa cláusula, que para que haya la proposicion, se necesita: 1.°, circunstancias anteriores en el que la hace; 2.°, circunstancias efectivas en el modo de hacerla y en la propuesta misma.

25. »Por parte del que toma esta iniciativa para con otros, es necesario que preceda la resolucion de cometer el delito: *cuando el que ha resuelto cometerle*—dice la ley. No cae, pues, la definicion sino en ese caso, y con esa condicion precisa. Si tiene duda sobre hacer ó no hacer; si solo está inclinado á delinquir, pero no determinado, no resuelto, no poseido de una decision definitiva, habrá conversacion sobre delito, habrá ó podrá haber hasta un conato de conspiracion; pero proposicion criminal, la condenada y definida en este artículo, no la hay. Falta la condicion antecedente.

26. »Por parte del hecho mismo, no es ménos necesario el que se realicen otras circunstancias. Tal propuesta ha de serlo formal, positiva, dirigida á la ejecucion del acto punible. Nada de ambajes, nada de rodeos, nada de dudas, en este otro punto. *Propone su ejecucion*—son las palabras legales. Si no hay propuesta decidida, falta la base del nuevo delito. Si no es la *ejecucion* lo que se propone, tampoco es el caso previsto y penado por la ley.

27. »Una sola observacion general basta que hagamos aquí. Por regla ordinaria y comun, ni las conspiraciones ni las proposiciones de delinquir están sujetas á pena: si, pues, algunas de ellas, por excepcion, se castigan, necesario es que esa excepcion recaiga sobre hechos cuya clase, cuya esencia, cuya índole punible, no sea nadie capaz de poner en duda. La ley es sumamente cuidadosa en sus definiciones: nosotros debemos ser sumamente severos en su aplicacion *Odiosa sunt restringenda.*

II.

28. »La doctrina establecida en este artículo es ciertamente clara: fáltanos solo considerar si es justa, y si está colocada convenientemen-

te.—¿Está bien dictada la regla? ¿Es oportuno que esa regla tenga excepciones? ¿Debian consignarse estas aquí como principio, salvo el declararlas é individualizarlas despues? ¿Son legítimas y bien entendidas las definiciones que se les dan?

29. »La regla es—ya lo hemos visto—que las conspiraciones y las propuestas de delinquir no deben perseguirse ni penarse. La regla es que áun esos mismos *conciertos* entre dos ó más personas, esas propuestas formales para lo que uno está resulto á hacer, no sean actos punibles. ¿Qué dice sobre este punto la razon? ¿qué aconseja el cálculo reflexivo? ¿Qué dispone la ciencia?

30. »Basta considerar un instante cuáles serian los resultados de la doctrina contraria, para comprender que lo dispuesto por la ley, es precisamente la que aconsejaba el buen sentido.

31. »Difícil hasta no más esa investigacion de actos que no dejen ordinariamente señal alguna de su comision; de actos que siempre pasan en el misterio, de actos que no pueden conocerse sino en virtud de indagaciones peligrosas, y que por otro lado están áun harto lejos de la ejecucion del delito á que se encaminan; no puede caber duda en que sería un grave mal multiplicarla á todos los casos, admitirla como posible respecto á todos los delitos, á todas las infracciones de la ley. Más de una vez se han indicado los límites que circundan á esta, y que ponen coto á sus pretensiones, áun las más morales. Pues ellos son los que tambien la sujetan en este punto, y la obligan á prescindir de lo que en otro caso hallaríamos conveniente. La conspiracion, tal como en este artículo se define, es sin duda alguna un acto inmoral, como es inmoral la resolucion de delinquir, y para ser más vituperable que otra cosa, y para poder caer bajo la autoridad de la ley, tiene la circunstancia de ser un hecho externo, de ser una *accion,* condicion precisa del delito. Mas *accion,* y *accion inmoral,* sin ningun género de duda, todavía es menester que no nos decidamos por regla general á señalarla con aquel carácter. Por los bienes que esa justa severidad nos acarrearia, fueran muchos y muy graves los males que la sociedad hubiera de sufrir. Ya lo hemos dicho más de una vez: hace bien, hace lo que debe, cuando de ordinario no trata de inquirir semejantes hechos.

32. »Solo en delitos que la interesan gravísimamente; solo en delitos que no recaen por lo comun sobre particulares, sino que la hieren en su esencia y la trastornan en su ser; solo en delitos que apenas pueden herirse en otro estado que el de conspiracion, porque cuando pasan á más casi pierden el primitivo, para llamarse revoluciones; solo en esa esfera, en la que dolorosamente ha sido necesario rodear la fuerza pública de un enjambre de agentes investigadores, y hacerla descender, por más que sea repugnante y amargo, á los secretos de la intimidad, solo en esos difíciles y graves delitos, en que se disminuyen aquellos inconvenientes por lo que se aumenta el peligro de la explosion, y en que es necesario evitar ésta por cualquier medio y á toda costa, pues

que todo es ménos malo que el que estallen y se realicen; solo en tales casos, decimos, puede aconsejar la razon calculadora y reflexiva el que de hecho se admitan y juzguen por actos criminales la preparacion de uno y otro género de que vamos hablando, la conspiracion y la proposicion para delinquir.

33. »Es, pues, justa la regla de la ley, y es desgraciadamente necesario que esa regla tenga excepciones. Si lo son, de hecho, las que el Código señala, eso ya lo veremos en los artículos en que las señale.

34. »No es tan claro de resolver si semejantes disposiciones debian consignarse en este lugar, ó en el correspondiente á los delitos, respecto á los cuales son penadas la conspiracion y la proposicion. Este punto, á la verdad, no tiene una importancia decisiva. Aquí, tras de la tentativa y del delito frustrado, no se puede desconocer la ilacion del artículo presente. A la cabeza de los capítulos que tratan de ciertos crímenes, tambien se hallaria en oportuno lugar. Las cuestiones de método tienen siempre un poco de latitud en las ciencias morales, y en cuanto de ellas se deriva; y no seremos nosotros los que nos hayamos de mostrar severos en este punto, cuando no tengamos otra razon para censurar obras agenas. Es cuestion que no merece el trabajo de plantearla.

35. »Vengamos, por último, á las definiciones de la conspiracion y de la proposicion del delito. Hemos reconocido ya que son claras: veamos ahora si son justas.

36. »Ante todo, queremos advertir que el Código de 1822 llamaba *conjuracion* á lo que se llama *conspiracion* en el presente. Quizá aquella palabra, literariamente hablando, era de genealogía y procedencia más española. *Conjurados* se llamaron siempre por nuestros buenos hablistas á los que se concertaban en el misterio, para cometer esos crímenes de gran importancia, á que se aplica hoy la idéa de conspiracion. Pero ese otro término ha prevalecido modernamente, es el adoptado en los libros de la ciencia, es el que tiene ahora curso en la sociedad. La ley, que no debe presumir de purista, ha hecho bien en adoptarle y emplearle.

37. »Por lo que hace á la exactitud de las definiciones mismas, dueña la ley de ordenarlas segun le pluguiere, y pudiendo comprender más ó ménos circunstancias en cada idéa, como que no son nombres dados á seres materiales los que explica, claro está que nunca habria derecho de acusarlas absolutamente de inexactas ó incompletas. Mas áun así mismo, la comparacion con otras definiciones semejantes es una piedra de toque, por la que se puede juzgar del mérito ó demérito, de la perfeccion ó imperfeccion de la de nuestro Código.

38. »El mismo que hemos citado ántes—el de 1822,—y el francés, convienen con el nuestro en el sentido que dan á la idéa de conspiracion—conjuracion segun uno, *complot* que la llama el otro—para los casos en que ha de ser condenada y penada. Entrambos quieren lo mismo que el artículo que examinamos. Aquel dice que ha de haber *re-*

solucion tomada para cometer el delito. Este dice que se ha de haber *concertado y fijado* la propia *resolucion*. Se vé, por consiguiente, que la idéa es la misma, que la doctrina es una y general.

39. »Alguna circunstancia más parece que añade aún el código de Nápoles. No solo es necesario segun éste que se haya resuelto la ejecucion del delito, sino que se hayan *concertado* y *fijado los medios* de obrarle. Segun sus palabras, pues, interin no se esté acorde en este último, es decir, en los medios, el concierto solo y la resolucion general no bastan para constituir conspiradores á los que se reunen con aquel propósito.

40. »Sin embargo, no olvidemos que nuestra ley exige el *concierto*, no para el delito, sino para la *ejecucion* del delito; y que esa palabra *ejecucion* ha de incluir ordinariamente los medios de llevar aquel á cabo. Solo por medios, y con el auxilio de medios, se ejecutan los cosas materiales, las que no son de pura voluntad. Pudiera, por tanto, decirse, que no habrá nunca, ó casi nunca concierto sobre la ejecucion, sin que le haya contemporáneamente sobre los medios con que se ha de realizar el propósito.—Si alguna vez, empero, no sucediese así, si esos dos acuerdos pudieran separarse, y de hecho se separan, no cabe duda en que nuestro Código penaria una accion que no penara, de seguro, el de Nápoles. Aquel sería quizá más filosófico; pero este fuera, ó por mejor decir, es, en semejante precepto, más humano.

41. »En cuanto á la proposicion para delinquir, las circunstancias que hemos notado explicando el texto de nuestra ley, son tan bien pensadas como importantes. Es menester que sean proyectos sérios los que llamen la atencion de la justicia, y merezcan la reprension de las leyes. Solo cuando existan la resolucion de obrar en el proponente, y la formal y reflexiva propuesta, es cuando no se podrá temer el haberse dejado arrastrar de vaguedades é ilusiones, y el haber hecho más mal con el castigo, que el que podia temerse del presunto y tal vez ridículo crimen.»

III.

42. Hasta aquí habíamos escrito en 1848, teniendo que comentar el primitivo artículo. Se vé, pues, que le habíamos aprobado, y que habíamos querido justificarle: le teníamos por exacto en sus idéas, por acertado en sus preceptos.

43. Otros no lo creyeron así. Preocupáronse con peligros que habia de traer á la sociedad el no penar esas acciones que tambien nosotros reconocíamos como malas, y tuvieron en ménos las dificultades, que por nuestra parte creíamos descubrir en llevar la investigacion á esas difíciles esferas. Quizá, sobre todo, la idéa de los delitos políticos era la que los dominaba, y la que áun á pesar suyo, imprimia en sus ánimos el sentimiento de la desaprobacion á lo ordenado en el artículo.

44. Como quiera que fuese, la reforma realizada en 1850 varió, segun se ha visto, al tenor de su precepto; y nos dió por regla lo contrario de lo que nosotros aprobáramos. La legalidad actual es la que dejamos consignada en el lugar oportuno. Hoy es regla, hoy es cánon de nuestra justicia la penalidad de las proposiciones y conspiraciones para cometer todo género de delitos. Se ha prescindido de lo que juzgábamos buena teoría; se han dejado aparte los antecedentes, el Código francés, el del Brasil, el de Nápoles, el de 1822; se ha tomado un camino más estrecho y rigoroso que el de ninguna otra legislacion; se ha llevado la severidad á donde parecia imposible que se llevase. Algunos instintos habrán quedado satisfechos; algunos escritores han aplaudido con orgullo y delectacion. Nosotros bajamos nuestra frente, pero no podemos aprobar.

45. Y no somos solos en este sentimiento. El informe del Colegio de Madrid piensa y habla como nosotros, segun verán nuestros lectores por el mesurado y razonado juicio que nos permitimos copiar seguidamente.

46. «La Junta prefiere (dice el mencionado Informe) las disposiciones primitivas del Código, por lo que hace á la proposicion y conspiracion, á las que en la última reforma las han sustituido.—Enhorabuena que en algunos crímenes difíciles de reprimir, y de gran trascendencia al órden y á la seguridad del Estado, se castiguen, como por excepcion, actos preparatorios, que no han llegado aún á ser principio de ejecucion del delito, viniendo así á ser delitos *sui generis*. Mas establecerlo como medida general, es rigoroso en demasía, porque solo por muy graves razones, en muy pocos casos, y en los delitos para cuya realizacion suelen intervenir muchas personas, puede autorizarse la severidad extremada de castigar al que en realidad no ha empezado á ejecutar el delito. De la proposicion y áun de la conspiracion á la ejecucion, hay á las veces una gran distancia. Basta, quizá, que no acepte la persona á quien se hace la propuesta, para que quede el proyecto criminal reducido á la manifestacion del deseo de dilinquir: basta tal vez igualmente que alguno ó algunos de los conspiradores disientan de los otros, cosa muy frecuente, para que no tenga principio la ejecucion del delito. Si se agrega á esto lo peligroso que es en la simple proposicion dar á palabras pronunciadas quizá en momento de acaloramiento y sin premeditacion ni intencion bastantes, un carácter que no tienen; interpretarlas ó entenderlas el que de ellas depone, de diferente modo y en sentido diverso del que encerraban cuando fueron emitidas, se conocerán los inconvenientes que se originan de establecer como doctrina general la que solo debe ser excepcion en casos determinados.—Parecidos, si no tan graves, son los peligros que resultan de considerar punible por regla general la conspiracion.—Y, ¡cosa singular! el Código que, en el caso de que ya se haya dado principio á la ejecucion del delito, declara libre de pena al que cesa en él por su propio y voluntario

desistimiento (art. 3.°), exige que para que el desistimiento de la conspiracion ó proposicion exima de pena, se dé parte y se revele á la autoridad pública el plan y sus circunstancias, antes de haber comenzado el procedimiento; lo que equivale á decir que se exigen más condiciones para evitar la responsabilidad criminal en el que propuso ó conspiró para delinquir, que en el que empezó á delinquir.—Otro inconveniente se sigue de la disposicion del Código, á saber: que el que cuando proponia ó conspiraba, tenia que denunciar el hecho y sus circunstancias para no ser penado, consigue esto mismo si comienza á ejecutar el delito, y desiste voluntariamente de él.—Y ¿qué se dirá de la disposicion del artículo 62, en que iguala para la penalidad, la conspiracion con la tentativa? La Junta cree que esto es destruir en parte la obra del Código, que, siguiendo la generacion del delito, va graduando sucesivamente la responsabilidad en que incurre el criminal, procurando separarle de su mal camino; propósito á que se falta cuando se igualan en la penalidad los actos preparatorios con los que son ya principio de ejecucion.»

17. Hemos querido copiar íntegramente esta parte del Informe del Colegio, porque nos parece decisiva, así en el terreno de la teoría, como en el de la práctica. Despues de ella, el artículo, tal como está, no deja de ser la presente ley; pero debemos lisonjearnos de que si debió su orígen á preocupaciones y ligereza, destacándose de una obra sistemática que desfiguraba y contradecia, no podrá tardar mucho sin ser corregido como conviene, por una madura reflexion, y reducido de nuevo á lo que inspiran el buen sentido y la ciencia, que será lo mismo ó algo análogo á lo que existió primitivamente.

Artículo 5.°

«Las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art. 3. Las tentativas de delitos*—(téngase presente que no es lo mismo que crímenes)—*no son consideradas como delitos sino en los casos determinados por una disposicion especial de la ley.*

Cód. napol.—*Art. 71. Las tentativas.... de contravencion no son imputables sino en los casos en que especialmente lo determina la ley.*

COMENTARIO.

1. Si la tentativa del delito y el delito frustrado han merecido á la ley la severa calificacion de actos punibles, la tentativa de falta y la falta

frustrada le han merecido, por el contrario, no una declaracion de inocencia, pero sí una exencion de penalidad. Para castigar la falta, es necesario que la falta se haya cometido, que la falta exista. No basta el intento, no basta el principio de su ejecucion.

2. En hacer esta declaracion terminante, la ley ha obrado con prudencia, para que no se desconociesen nunca ni pudieran ponerse en duda sus intenciones: en resolverse de ese modo, en concebir la idea de tal principio, no solo ha sido prudente y oportuno, sino que ha sido justa, y ha pensado con acierto, y ha reconocido y respetado sus límites. Lo que nuestro Código llama falta, no debe ser penado por el solo conato de cometerla.

3. ¿Qué es, si no, la falta? Hasta aquí podemos decir que es la division ménos grave de los hechos punibles; pues como tal, y contrapuesta á delito, nos la ha señalado el artículo 1.º En el 6.º, que vamos á ver y examinar en seguida, encontraremos que mientras se designa con este último nombre (delito) todo género de accion ú comision á que la ley destina penas aflictivas ó correccionales; aquel primero (falta) solo se aplica ó da á los hechos, tambien de comision ó de omision, á que la ley tiene señaladas penas *leves*. Leve, pues, será indispensable que estimemos la culpa que en él se encierra, cuando leve es la penalidad que la ley le ha preparado.

4. Ahora bien: cuando se trata de acciones de este género, de preceptos muchas veces de verdadera policía, más bien que de verdadera moralidad, el legislador debia limitarse á lo que para su represion fuera absolutamente preciso, todavía con más empeño y encerrándose en más estrechos límites, que si se tratará de acciones en realidad criminales. La persecucion de la tentativa, imposible aquí en muchos casos, no estaria justificada en ninguno, porque, no existiendo, ó siendo levísima é inapreciable la alarma que esa tentativa causase, nos expondríamos á que el remedio tuviera más inconvenientes, ó produjera más agitacion y más considerables perjuicios que el mismo mal.

5. Esta consideracion, que ya hemos indicado alguna vez, es uno de los principios que no pueden perderse de vista en la formacion de las leyes penales. Necesario es evitar, cuanto sea posible, el lujo en estas, como en los procedimientos que disponen: necesario es que los bienes que de ella se aguardan, no sean tristementa compensados y excedidos por la vejacion y los males que ocasionan. Imaginarse que hemos de llegar nunca á un estado en que la sociedad no tenga que sufrir pequeñas é irremediables molestias, es una utopia y un absurdo. Con ella nos ha de suceder lo que con el estado material y físico de nuestro cuerpo nos sucede. La perfeccion en sus relaciones morales es como la salud absoluta en las relaciones físicas de éste: esa omnímoda salud casi nunca se logra, porque siempre ha de haber pequeñas incomodidades que se nos hagan sensibles. Mas, siguiendo la comparacion, dirémos que, así como sería un loco el que llamase á la medicina para re-

mediar esos pequeños males, que transitoria y levemente le afectan, sin impedirle el uso de sus funciones, ni causarle un verdadero dolor, así tambien procederia desacordado el que pidiese á las leyes el castigo ó la represion de todo lo que no es absolutamente justo, y quisiera llevar sus cien brazos y sus cien ojos á escudriñar y perseguir, no solo los hechos leves, sino áun los intentos no consumados, los propósitos frustrados de semejantes hechos. Si tales propósitos, de por sí, causasen ya un mal digno de consideracion, entónces será que los hechos á que se dirigian no estarán bien calificados de leves: entónces será que deberian ser delitos y no faltas. Si por el contrario, solo eran y solo debian ser del género de estas, su tentativa no ha de ser cosa tan grave que no pueda dejarse en olvido y oscuridad.

6. Esta misma ha sido la doctrina de la legislacion francesa. Segun ésta, la tentativa de crímen siempre es un acto punible; la de delito solo lo es cuando expresamente se declara. Ni una palabra dice de la tentativa de contravencion; y es por tanto notorio que no la reconoce, como hecho digno de pena. Aun la de delito no lo es siempre y en todos los casos, sino que ha menester declaracion especial para ello. No creemos, sin embargo, que nuestros lectores acusen de suave al código francés.

7. Aprobamos, pues, plenamente el artículo que nos ocupa, por la doctrina que contiene; y le aprobamos tambien, como se dijo antes, por haberla consignado. Bueno es que no haya duda en los principios del derecho. Con todo, áun sin el artículo mismo, la verdadera inteligencia no podia ser otra. Recordemos que nada es punible sino lo que la ley declara como tal. Lo es en ciertos casos la conspiracion, lo es la proposicion de delinquir, porque existen declaraciones análogas. La tentativa de falta no lo deberia ser nunca, ínterin no se declarase de la misma suerte que aquellas otras naciones. Si la idéa de falta se comprende en nuestros discursos bajo la de delito, en la ley, en sus artículos fundamentales, no es ni puede ser así. Su tentativa sería impunible, toda vez que la ley no la hubiese penado.—Y sin embargo, volvemos á repetirlo, ningun mal hay en esto renglon, que si no es necesario para evitar un yerro, puede ser útil para evitar una disputa.

Artículo 6.º

«Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas aflictivas.

»Se reputan delitos ménos graves los que la ley reprime con penas correccionales.

»Son faltas las infracciones á que la ley señala penas leves.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—Véase la concordancia á nuestro artículo 1.°

Cód. aust.—Véase la concordancia á nuestro artículo 1.°—Artículos 2, 3, 4 y 5 del mismo cód. aust.

Cód. napol.—*Art. 6. La infraccion sometida á penas criminales se llama crímen (mis fatto).*

La infraccion sometida á penas correccionales se llama delito.

La infraccion sometida á penas de policía se llama contravencion.

COMENTARIO.

1. En un libro de ciencia ó de doctrina, los dos primeros párafos de este artículo hubieran debido redactarse en un sentido y con una expresion absolutamente contrarios. En vez de decir: delitos graves, los que se castigan con penas aflictivas; delitos ménos graves, los que se reprimen con penas correccionales,—habríase dicho: penas aflictivas, para los delitos graves; penas correccionales, para los que no lo son tanto. Esto es: que si aquí se definen los delitos por las penas, allí se habrian buscado las penas para los delitos. Precisamente el órden inverso en las idéas y en las expresiones.

2. Y sin embargo, una y otra cosa habrian sido y serian como deben ser. La doctrina sirve para hacer la ley, pero no es la misma ley: los caractéres de ésta son otros y muy distintos. Aquella, parte de la moralidad de las acciones para deducir la criminalidad: ésta tiene que señalar esa criminalidad misma, por accidentes materiales y tangibles. Aquella dice: el delito es la violacion de los deberes; y ésta tiene que decir: el delito es la infraccion de mis preceptos. Aquella clasifica las acciones por el mal que causan; ésta por la pena en que hacen incurrir.

3. Habia dicho el art. 1.° que era delito ó falta toda accion ú omision penada por la ley; y nosotros, en su Comentario, habíamos dado plenamente nuestro asentimiento á esa práctica y usual definicion. La ley hace bien—habíamos dicho—en definirlos de ese modo, en enseñarlos

con ese carácter visible, siempre que ella cumpla con sus deberes, y no prohiba ni imponga penas, sino á lo que la conciencia, la razon, la reflexion, los principios de la naturaleza humana y de la utilidad pública le señalen como penable.

4. Mas allí habian quedado confundidos el delito y la falta. Uno y otro se hallaban mezclados en la definicion, y por consiguiente era menester separarlos y distinguirlos. Tanto más urgente era completar así la obra de sus respectivas explicaciones, cuanto que ya, en los artículos que se refieren á la tentativa y á los males frustrados, habiamos dado principio á establecer diferente derecho para los unos y para las otras. Ni un solo momento podia tardar esa declaracion.

5. El artículo que examinamos contiene todavía algo más. No solo dice que son faltas las infracciones á que señala la ley penas leves, y que son delitos las que la misma ley reprime con penas correccionales ó castiga con penas aflictivas, sino que hace tambien distincion entre estos propios hechos, y llama delitos ménos graves á los de la primera especie, y delitos graves á los de la segunda. La division no tiene solo dos miembros, tiene tres.

6. Si hemos decir la verdad, lo uno y lo otro no era absoluta ni igualmente necesario. Éralo distinguir los delitos de las faltas, como que una y otra expresion habian comenzado á usarse, se habian de usar de continuo en el Código, y convenia y era urgente que de cada cual de ellas se pudiese hablar con exactitud. Pero la division de los delitos entre sí, muy rara, y no absoluntamente necesaria aplicacion habia de tener en la ley. Ciertamente que al leer sus escalas, se concibe bien que hay diferencia en la gravedad de aquellos; ciertamente que no solo en dos clases, sino en mil diversas categorías, se pueden ordenar y agrupar, si queremos entretenernos en tales clasificaciones. Esa distincion, pues, ni era necesaria por lo que hemos visto en los artículos que preceden, ni absolutamente lo era por lo que tenemos que ver en cuantos nos quedan de todo el Código.

7. Y sin embargo, no puede suponerse que haya procedido solo de un gusto escolástico por las divisiones. Algo de útil y de práctico debia percibirse en ella, cuando jurisconsultos como los que componian la comision que lo ha formado, la aceptaban y la consagraban.

8. Fácilmente se recordará lo que en el Comentario del art 1.° (números 9, 10 y 11) hemos dicho sobre la division de los actos punibles adoptada por la ley francesa. Allí se explicó que la causa de aquellos tres nombres, contravencion, delito y crimen, no era otra que una razon de procedimiento, una consecuencia de tener establecidos, ó pensar establecer tres órdenes de tribunales, para penarlos, habiendo de conocer cada cual de un género, con exclusion ó inhibicion de los otros. Pues bien: algo semejante ha ocurrido á los autores de nuestra ley: algo análogo en la causa los ha llevado, no á la misma, pero á una parecida consecuencia. Si no se ha pensado en crear tres distintas juris-

dicciones como en la nacion vecina, háse pensado, sí, en que podria haber diferencias bastante graves en la sustanciacion, tal vez grados diversos, segun las pènas que á los delitos hubieran de imponerse, y se ha creido ver una division oportuna en esa de la mayor ó menor gravedad, comparativamente con los castigos de mayor ó menor importancia.

9. Verdad es que la idéa no está desenvuelta en este Código; pero á él deben seguirse los restantes, sobre todo el de enjuiciamiento criminal; y siempre que para éste sirvan las bases divisorias que aquí sentamos, ninguna crítica justa, ninguna censura puede hacerse con razon de ellas. Partes de un sistema y de un todo, por el sistema entero, y no solo por sí, es como se las ha de juzgar. Basta que en sí propias, sus divisiones, como sus declaraciones, no sean absurdas.

10. En cuanto á esto, nadie lo pretenderá respectivamente á la que examinamos. Puede decirse que la division de delitos graves y de delitos ménos graves no es conducente en la práctica de este Código mismo; pero nadie puede decir que no es verdadera. Considerados en sí propios, unos delitos tienen más trascendencia, más inmoralidad, más gravedad que otros, bajo todos aspectos. Considerados con relacion á las penas, como los considera el artículo, no se puede dudar que sobre unos recaen penas aflictivas, y sobre otros penas correccionales, desde que las hay de entrambos géneros. De todos modos, por consiguiente, la division es exacta. Aun algunos casos se encontrarán en que la use la ley; y si bien hubiera sido posible pasar sin ella, encontrando otro modo de decir el mismo pensamiento, nunca podemos criticar que se haya empleado uno que, como éste, es breve y expedito.

11. Ahora, si se quisiere saber, y se preguntase, qué son penas correccionales, y qué penas aflictivas, voces empleadas en las definiciones del artículo actual,—nos limitariamos con remitir al lector al 24, que comprende la escala de unas y de otras.

12. Por lo demás, es digno de consideracion el cuidadoso empleo de las palabras que se usan en este artículo. Todas están escogidas con suma atencion, con particular esmero, á fin de no expresar otra idéa que la que se quiere, y de diferenciar por pequeños accidentes lo que solo en pequeñeces debe diferenciarse. Pudiera calificarse este esmero de buena y atinada coquetería de redaccion.

13. En primer lugar, así en el párrafo 1.° como en el 2.°, empléase la locucion de *se reputan*, hablando de los delitos graves y de los delitos que no lo son tanto; mientras que en el 3.° se dice *son* cuando se va á hablar de las faltas. La ley comprende que debe usar de este término decisivo cuando quiere definir lo que debe definirse; y que, por el contrario, no debe usarlo en una distincion que no aparece completamente justificada, y que en cierto modo necesita pedir se le tolere. Como apénas va á hablar despues de delitos graves ni ménos graves, como al ménos no tiene precision de hablar de ellos, no quiere adoptar el tono preceptivo, y no dice que *son*, sino que *se reputan*. En cuanto á las fal-

tas, há menester, por el contrario, definirlas, y las define con fórmula magistral, consagrada, directa. *Son faltas* tales infracciones.

14. En segundo lugar, adviértanse los términos en contraposicion entre las clases de delitos. Llamando á los de la primera *graves*, parecia posible que á los de la segunda llamara *leves*. Esta expresion es relativa de la otra; y como positiva y simple, parecia digna de ser preferida á la negativa y doble que se usa. Sin embargo, la ley no ha creido propio que la idéa de levedad se uniese nunca á la del delinquimiento. Lo contrario de *grave* ha sido para ellos *ménos grave*. Así ha querido dar á entender que nada es liviano en esta esfera: así ha consignado que la idéa de gravedad y la de delito están ligadas indisolublemente. La ley ha hecho bien en proclamarlo de esta suerte: su enseñanza, tan moral como fecunda, marca incidentemente con ese sello á las acciones criminales: el delito siempre es grave á sus ojos.

15. Tercera observacion, en fin. Cuando el artículo habla de los delitos graves, dice que la ley los *castiga;* cuando habla de los delitos ménos graves, dice que la ley los *reprime;* cuando habla, por último, de las faltas, dice que la ley les *señala* penas. El cuidado de usar palabras distintas es notorio. En los tres párrafos se alude á penalidad; y sin embargo, con esa penalidad, en uno se *castiga*, en otro se *reprime*, en otro se *señala*. ¿No se ve aquí claramente que en el primer caso domina la idéa de la *expiacion*, en el segundo la de la *reforma* y la *mejora*, y en el tercero la de la *advertencia?*—Para nosotros, el sentido de las tres palabras es tan claro, como justa y adecuada es la idéa que comprenden. Sí: la pena aflictiva castiga, maltrata, dá su merecido al que la sufre: la pena correccional reforma, endereza, constriñe á volver al buen camino abandonado: la pena leve avisa y amonesta, para que no se le abandone, para que no se complete el extravío. El artículo habla como debe hablar, y dice lo que la ley hace ó debe hacer.

Artículo 7.°

«No están sujetos á las disposiciones de este Código los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando, los que se cometen en contravencion á las leyes sanitarias, ni los demàs que estuvieren penados por leyes especiales.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 5. *Las disposiciones del presente código no se aplican á las contravenciones, delitos y crímenes militares.*

Cód. napol.—*Art.* 469. *Los estatutos especiales militares regirán para las infracciones de tal naturaleza.*

Art. 470. *En todas las demás materias no ordenadas por esta ley, y que sean objeto de otras, ó bien de reglamentos particulares, serán observadas esas leyes ó esos reglamentos.*

COMENTARIO.

1. La disposicion de este artículo es múltiple. Si bien se pueden naturalmente señalar algunas analogías entre los delitos á que dice relacion; si bien hay la general de que todos se eximen de la ley comun, para someterse á especiales disposiciones, siempre es cierto y notorio que las diferencias de esos propios delitos son mayores que sus semejanzas, y que será necesario examinar parcialmente el contenido del artículo, para comprenderlo y para aplicarlo bien. Hablarémos, pues, separadamente de cada una de las categorías que se declaran exentas de la jurisdiccion del Código penal; hablarémos: 1.° de los delitos militares; 2.° de los de imprenta; 3.° de los de contrabando; 4.° de los respectivos á medidas sanitarias; 5.° de la adicion general con que el artículo concluye, que no se encontraba en su redaccion primitiva, y que fué añadida en la reforma de 1850. Estas son todas las excepciones, y por el mismo órden con que las hace la ley.

I.

2. Concíbese desde luego bien, y nada tiene que decir, en principio, el ánimo, acerca de la primera, esto es, de los delitos militares. Ni por las personas que naturalmente han de cometerlos, ni por la naturaleza misma de los hechos en que han de consistir, ni por la gravedad especial que no puede ménos de comunicarle su índole, tienen que ver nada ordinariamente estos delitos con los delitos comunes, con las leyes del órden general. La milicia es una ciudad aparte, una sociedad de especial y privilegiado género, que se funda en condiciones facticias pero necesa-

rias, y que há menester para su existencia y su ordenacion un régimen singular, una severísima disciplina, una penalidad propia, un código, en fin, expresamente adaptado á su particular gobierno. Los deberes son allí otros que en la sociedad comun; y la sancion de esos deberes no puede ser la misma. Es indispensable para ella una ley aparte de la ley ordinaria, en la que podremos encontrar señales como delitos capitales, hechos que, segun ésta, ni aun quizá merecerian el nombre ni las penas de faltas simples. En eso no hay dificultad alguna.

3. La dificultad no puede nacer aquí del principio, pero puede nacer de la inteligencia que se dé á una expresion: puede existir sobre la mayor ó menor amplitud que se conceda ó se niegue á esa expresion misma. Toda ella está en la definicion de los *delitos militares.*

4. ¿Qué son *delitos militares?*—¿Son, por ventura, todos los que los militares cometen? ¿Son tan solo los que deben su existencia como delitos, al código militar, á la ordenanza? ¿Son, por último, cualesquiera que estén penados por ésta para los militares, ora lo estén, ora no, en las leyes comunes para los demás ciudadanos?—Hé aquí tres sistemas distintos, entre los cuales hay que decidirse, uno de los cuales es necesario aceptar.

5. La primer suposicion encuentra una dificultad, un obstáculo inmenso, en la misma palabra de la ley. No dice ésta *los delitos de los militares,* como deberia decir en semejante caso. La calificacion no recae sobre el agente, sobre el criminal, sino sobre el delito mismo. Si hubiera sido aquella hipótesis la cierta ¿por qué el artículo no habia de haber hablado de la manera que podia y debia hablar? ¿Por qué no hubiera dicho lo que queria decir?

6. Por otra parte, los militares pueden evidentemente cometer delitos que no tengan la menor relacion ni con su estado, ni con nada que se roce con su estado. Muy lejos del cuartel y de sus compañeros puede haber ido un oficial á mezclarse en una fabricacion de moneda falsa. ¿No seria extraño, no repugnaria al buen sentido, que se abandonara para juzgar ésta lo que prescribe el Código penal, y que se buscase el castigo correspondiente en las leyes de la milicia? ¿No seria tambien extraño y repugnante que tal castigo se encontrase allí?

7. Rechazado, pues, por la razon y por las palabras del artículo, cae de suyo el primer supuesto.

8. El segundo consiste, segun hemos dicho ántes, en que por delitos militares, únicamente se han de entender los que deben su existencia á la ordenanza, los que no son delitos, ó por lo ménos graves delitos, sino porque vulneran la disciplina, porque hieren la subordinacion, porque comprometen la suerte del ejército. Un abandono de guardia, un acto de desobediencia á los jefes, la desercion, el descuido ó no cumplimiento de sus obligaciones en un centinela, y otros de la misma índole, tales son los que, al decir de algunas personas, constituyen la clase que inquirimos, ó en que nos ocupamos. Segun la ley comun, semejantes actos,

ó no serian punibles, ó serian solo faltas leves: la idéa que preside á la milicia; las necesidades reconocidas de ésta, la seguridad que há menester para no convertirse de un ordenado y útil cuerpo en un anárquico y horrible cáos de personas humanas, todo esto ha hecho que se les saque de esa insignificancia ó esa inculpabilidad, y se les designe como gravísimos hechos, que se expían de ordinario nada ménos que con la muerte. La ley militar es sola la que los ha hecho crímenes, y el nombre de delitos militares se les aplica con plena é irrecusable exactitud.

9. Que estos sean efectivamente de los que habla nuestro artículo, es un punto sobre el que no cabe la menor duda. Pero la dificultad no consiste en eso; consiste en saber si habla de ellos solo; si la expresion de *delitos militares*, que les es propia, les es tambien peculiar y expresiva; si el soldado que comete un robo ó un homicidio ha de ser penado con arreglo á la legislacion ordinaria y comun, puesto que estos son delitos ordinarios y comunes.

10. Así aparece á primera vista: así lo han sostenido autoridades que respetamos: así lo dicen personas, cuyos votos nos merecen la mayor consideracion.—Sin embargo, nosotros tenemos aún escrúpulos, ó por mejor decir, encontramos aventurada é incompleta esta doctrina.

11. En nuestro concepto, la institucion de la milicia, esa disciplina que la dá el ser, ese órden maravilloso de que depende toda su utilidad, no solo trae legítimamente por consecuencia la creacion de delitos especiales, la elevacion á esta triste categoría de faltas que eran poca cosa, de hechos que no estaban señalados con culpabilidad alguna, sino tambien la modificacion, agravándolos, de otros que eran ya verdaderos delitos, pero cuya criminalidad sube de punto por la consideracion de ser militares los que los cometen. Esa severidad, ese órden, esa disciplina, que se ha de infundir en los ejércitos, si produce sus resultados creando nuevos deberes, tambien los produce haciendo más rigurosos muchos de los deberes antiguos y comunes. Entre el militar y el que no lo es, no hay solo la diferencia de nuevos motivos penales; hay asimismo la de haberse aumentado la gravedad de los que eran por la ley comun. A las obligaciones que comparte con todos, aumenta el soldado las que le son propias, no únicamente en sus especiales funciones, en su particular ministerio, sino en los deberes que le alcanzan como á sus conciudadanos. Robar es siempre y para todos un delito; pero bien concebimos que en un soldado se mire como delito mayor. Sublevarse, conspirar para destruir el gobierno, son crímenes para todos los súbditos; pero, sin duda ninguna, conspirar y sublevarse es más criminal en los militares que en los paisanos, y debe ser reprimido con penalidades más severas. Si, pues, un soldado roba, conspira ó se insurrecciona, la razon dice que, no por la ley general, sino por su propia ley, debe ser juzgado y castigado. El crimen es otro en intensidad, aunque tenga el mismo nombre; y para esa distinta naturaleza no es el Código ordinario quien posee la justa balanza.

12. Segun lo que acabamos de decir, fácilmente se concibe que nos decidimos por la tercera hipótesis. Delitos militares son los que declara y pena la ley militar; sea que la ley comun no los haya declarado, porque solo en la milicia pueden cometerse; sea que declarados en aquella, el código militar haya agravado su carácter y aumentado su pena, para el caso de que por militares sean cometidos.

13. Si esto es así, cuando un militar faltare ó delinquiere, para decidir si es ó no militar el delito, habrá desde luego que considerar si lo declaran ó no por tal las ordenanzas ó leyes de la milicia. En el primer caso, delito militar es, y por ellas habrá de penarse: en el segundo, solo podrá ser una culpa de derecho comun, y este Código, el Código penal, será la ley que le castigue ó reprima. Falta la causa de la excepcion, y entramos en el derecho universal.

14. Ahora, si avanzando en las razones y en los motivos de la ley, se quisiese investigar hasta qué punto debe extender la ordenanza sus pretensiones, y cuáles de los delitos que no son militares por su orígen, puede ella hacerlos tales por un aumento de gravedad y de penalidad, promoveríase una cuestion que no puede resolverse aquí, y para cuyo fallo solo debemos indicar brevemente vagas y generales consideraciones.— Dirémos, pues, que esa pretension de la ordenanza no debe ser nacida de caprichos, ni encaminada únicamente á hacer alarde de privilegios innecesarios. Dirémos que la ley general ha pesado con sabiduría y con conciencia la penalidad que corresponde á cada delito, y que para enmendar su obra, áun en circunstancias particulares, es menester que razones claras y sensibles demuestren que la posicion del soldado, sus deberes, el espíritu que lo debe animar, se rozan algo con el hecho en cuestion, y agravan ó la inmoralidad ó el peligro de ese propio hecho. Dirémos, en fin, que el instinto y la reflexion deben ser acordemente consultados en esta obra: que el punto de honra, que los sentimientos de generosidad, que el espíritu de distincion y de hidalguía, que esa religion de las armas, móvil de tantas grandes acciones, deben combinarse con el principio moderno de la igualdad, para limitarse, y completarse, y perfeccionarse de un modo recíproco y definitivo. Otra mayor explicacion, ni sabemos darla en abstracto ni nos parece propia de este sitio. Aquí no juzgamos de constituir derecho, sino del derecho constituido y existente. Delitos militares, segun él, no pueden ser otros que los que las leyes militares demarcan.

15. Pudiéramos hablar ahora sobre el punto de jurisdiccion, que tanto se toca con la materia que acabamos de examinar, pero preferimos imitar á la ley, y guardar sobre él absoluto silencio. Eso no corresponde á este Código, sino al código de actuacion. Aquí solo se habla de las leyes penales, y no de los juzgados que han de imponerlas. Sean las del código militar, sean las del código comun, á los militares solo las imponen en el dia tribunales militares. La cuestion de lo que, en caso de reforma, deba hacerse, no pertenece á este lugar ni á este Código.

II.

16. Segunda excepcion, contenida en el artículo: los *delitos de imprenta*. Tampoco éstos se han de juzgar por las disposiciones del presente Código, sino por las de sus leyes particulares.

17. Mas aquí no es la misma razon, ni es tan claro é incuestionable el motivo. Los delitos de imprenta son ciertamente una clase de delitos especial, pero que todos los ciudadanos pueden cometer, y que entran teóricamente en las condiciones del derecho comun. Nada tendria de extraño que se les hubiese comprendido en el Código: habria sido éste más completo, y hé ahí toda la diferencia. Los mismos delitos que por la imprenta se cometen, cometidos de obra ó de palabra son objeto de leyes de aquel: ninguna otra cosa, por tanto, habria sido precisa para que sus disposiciones alcanzasen á los de imprenta que el haber añadido algunos artículos en los lugares oportunos, y el haber hecho alguna nueva aclaracion, que completase el cuadro de la obra. La inclusion en el Código de los delitos militares, habria sido ó imposible ó absurda; la de los delitos de imprenta, útil ó no bajo otros aspectos, no ofrecia de seguro tales dificultades. La razon que ha motivado su exclusion, es una razon de inferior órden, una mera razon de conveniencia.

18. La legislacion de imprenta es una de esas legislaciones puramente políticas, como la legislacion electoral, como la legislacion de los cuerpos administrativos, como algunas otras, en fin, de las que han traido con sus adelantos ó con sus vaivenes las nuevas instituciones. Así, pues, los derechos que reconoce, las obligaciones que consigna, los delitos que declara, aunque derechos y obligaciones, y delitos de fuero y ley comun, tienen algo de especial que los distingue y los caracteriza, algo de más convencional, algo de más transitorio, algo, en fin, de análogo y semejante á esas otras especiales leyes que se llaman constitucionales ú orgánicas, y que ningun pueblo, cuando las posée, las ha escrito en sus códigos generales. El instinto nos dice que no debemos confundir esas mudables leyes, dependientes de los tan efímeros acasos de la organizacion política, y de los temores que son su consecuencia, con las leyes más estables y permanentes, que se derivan de nuestra naturaleza humana, ó al ménos de condiciones sociales que no cambian todos los dias. La índole del Código reclama por sí misma la estabilidad, como una condicion de lo que en él se consigne; y esa ley de que tratamos, la de imprenta, ni es, ni puede, ni debe ser estable, si ha de llenar los objetos para que se forma. Si se la hubiera incluido en el Código, constantemente se estarian variando los artículos que la contuvieran; lo cual no tenemos precision de decir si sería para la práctica un hecho incómodo y fatigoso, y gravemente perjudicial.

19. Aprobamos, pues, el sistema de nuestra ley, y entendemos que ha obrado con acierto dejando fuera de su cuadro la legislacion crimi-

nal de imprenta. Los delitos que á esta correspondan, no por el Código, sino por sus leyes especiales, se han de definir y penar. Esto es mejor, evidentemente mejor en la práctica, para la ley de imprenta y para el Código mismo.

20. Pero ¿cuáles son los delitos de que habla el artículo que examinamos? ¿Qué se entiende por esa expresion, delitos de imprenta, de que usa? ¿Por ventura, todos los que se cometan por un papel impreso, cualquiera que sea su índole y carácter? ¿Por ventura, solo los políticos, con exclusion de las injurias, de las calumnias, de aquellos que evidentemente no corresponden á la categoría que han creado las instituciones liberales, simbolizadas en la *libertad* de la imprenta?

21. Esta cuestion la resolverán de hecho esas mismas especiales leyes. Lo que ellas eximan del derecho comun, aquello y no otra cosa será lo eximido. En lo que la excepcion no recaiga, la regla, que es el Código, lo ordenará siempre, con tal que haya en él disposiciones para ordenarlo.

22. Actualmente, el derecho que rige semejantes materias no considera delitos de imprenta á los de injuria ni de calumnia; no los somete á la jurisdiccion especial que para aquellos ha creado; los deja en el derecho comun, en la sustanciacion y en la penalidad ordinarias. En hacerlo de esa suerte, creemos que tiene razon el derecho de que hablamos, y se nos figura que no será derogado por las leyes venideras. Al ménos no lo será con justicia. La imprenta, que merece de las instituciones liberales tan justa y esmerada proteccion, no es, ni puede ser otra que la imprenta política, la que discute las idéas, la que examina los actos públicos de los que mandan. Pero la imprenta que se rebaja á otro terreno, no hay ningun motivo de público interés para distinguirla en sus jueces ni en su penalidad. La ley comun basta para ella, y los tribunales ordinarios son suficientes para juzgarla. Enunciar máximas sediciosas es un hecho político, que solo calificará bien un tribunal representante de la buena opinion pública, y que solo se penará convenientemente con el medio represivo que la ley política haya estimado; pero el decir infamias y denuestos á un particular, nada tiene que ver con la política; y no hay razon para que su autor se emboce en un privilegio, solo por el hecho de haberlas estampado y circulado en cierta clase de letra y con mayor profusion.

23. Concluyamos. Delitos de imprenta son los que la ley declara tales. La presente solo designa con ese nombre á los políticos, y en nuestro concepto, no son ótros los que siempre debe designar.

III.

24. Comprenderémos bajo un solo número las dos excepciones siguientes, porque es muy poco lo que tenemos que decir acerca de cada una. Hacen referencia, la primera, á los delitos de contrabando; la segunda, á las infracciones de leyes sanitarias en tiempo de epidemia.

25. Por regla general, los delitos de contrabando debian comprenderse en el Código. No vemos en teoría ninguna razon para que no se incluyesen, como no sea la duda sobre si deben existir semejantes delitos. Mas resuelta esa cuestion de una manera racional y moderada, de una manera que la ciencia económica, que el buen sentido, que los instintos morales pudiesen admitir, de una manera, por último, que hiciese esperar alguna constancia en sus resoluciones, pareceríanos natural, sencillo, conveniente, que semejantes delitos—pocos y raros como habrian de ser,—estuviesen declarados y consignados y penados, donde se declaran y se consignan y se penan todos los restantes. ¿Por qué razon, por qué motivo no habia de ser así?

26. Y sin embargo, en nuestra situacion especial, con nuestro absurdo inmenso cúmulo de leyes prohibitivas, con nuestros horribles hábitos sobre esta materia, en la imposibilidad de reformarla incidentemente, en la necesidad de hacerlo de propósito, en vista de las dificultades que por donde quiera surgen para esta reforma,—atendido todo, decimos, y colocada la cuestion concretamente, en nuestro caso, aprobamos el acuerdo que tomó la comision de códigos, y nos parece bien que se haya dejado fuera de éste el punto y la penalidad á que nos referimos. No pudiendo en el acto hacerse algo que la razon abonara, y que dejase á la conciencia satisfecha, mejor es haber dejado la solucion de tales cuestiones para una ley especial, que de ellas se ocupe de propósito. Más bien queremos incompleta que desatinada nuestra obra. Ménos mal cae en un código la primera que la segunda censura. Es disculpable ser falto, cuando se explica y se justifica la falta: lo que no tiene disculpa es hacer las cosas como no deben hacerse.

27. De cualquier modo que sea, la ley ha declarado que los delitos de contrabando no son objeto de ella misma, y que deben ser regulados por sus leyes especiales. En su precepto, de cualquier modo que se estimen sus causas, no cabe, ni puede caber la menor duda: no es aquí donde se han de buscar las sanciones con que la autoridad soberana acompaña lo que tiene á bien mandar en ese punto.

28. ¿Tendremos que preguntar aquí, como hemos preguntado en los casos anteriores, qué sean, cuáles sean los delitos de *contrabando?*—Parécenos, á la verdad, que no puede ocurrir duda ni cuestion sobre ello. Llámase contrabando el comercio y trasporte de cosas prohibidas: la introduccion y expendicion de géneros y efectos que por cualquier causa ha rechazado y condenado la sociedad en sus leyes fiscales. Esto, y no otra cosa, se designa con aquella palabra. Y si bien es cierto que á la ley especial, y no á la general, y no al Código, es á quien pertenece su definicion, siempre es bueno que la tengamos á la vista, para que no confundamos con lo que es su debido objeto algun otro delito, que sea análogo y semejante á aquel. El contrabando, y únicamente el contrabando, es lo que para estas leyes especiales reserva en este artículo nuestro Código.

29. No sucede, en teoría, lo mismo que con estos delitos, con los que contravienen á las leyes sanitarias. Estos son, por su propia índole, materia de disposiciones especiales. Sucede con ellos lo que con los delitos del órden militar: ni corresponden, ni deben entrar naturalmente en el cuadro del Código comun. Son objetos transitorios de leyes que han de tener el mismo carácter.

30. Al Código, á la legislacion general, al derecho ordinario corresponde lo que en general se roza con la salud pública, y puede serla perjudicial ó maléfico. Mas aparte de esas prescripciones comunes, puede y debe haber otras, singulares en cada caso, cuando alguno de esos grandes azotes epidémicos se desarrollan accidentalmente, y amenaza invadirnos con su plaga de destruccion. Cuando así sucede, cuando ese triste hecho se presenta, en la urgencia de sus apuros, la sociedad se vé frecuentemente obligada á tomar prontas y enérgicas disposiciones que la preserven y la salven. En tales momentos, la ciencia es el único límite; la necesidad el único guia. Esta autoriza para hacer todo lo que aconseja la otra: el poder lo sabe así, y así procede y lo ejecuta. No es la justicia, es la defensa, quien arma su brazo. No castiga al que ha cometido una accion mala; suprime al que puede comprometer la vida de millares de sus individuos. Muévele otro principio que el que le guia en el Código, y no debe confundir su obra con la obra de éste. Todo las separa: la diferencia de carácter, y la imposibilidad de la reunion. En los castigos comunes predomina la idea de la moralidad, y siendo ésta permanente, permanentes tambien son ellos: en los castigos sanitarios predomina la idea de la necesidad sola, se justifican únicamente por ésta, y desaparecerian en el instante que ésta no se viese. Marchan, como hemos indicado, al compás de la ciencia médica y de la alarma; y así nada hay más variable, más inconstante, más progresivo. Entregados á la discusion científica, una hipótesis los trae, y otra hipótesis no deja de ellos ni los vestigios.

31. Como quiera que sea, el precepto del artículo es tan racional como claro y terminante. Para acabar de justificarlo y esclarecerlo, se ha quitado de él alguna palabra «en tiempo de epidemia» que podia dar ocasion á dudas. Las leyes sanitarias tienen dos objetos: evitar las epidemias, el uno: disponer lo que se ha de hacer en ellas, el otro. En uno y otro caso, para uno y otro fin, pueden adoptar sanciones penales; y no habia ciertamente razon en limitar su competencia y autoridad con las mencionadas expresiones, cuando no son ménos importantes para el primero que para el segundo objeto.

IV.

32. Aquí concluia el primitivo artículo. Fuera de las excepciones que acabamos de recorrer, la ley no reconoció en 1848 ninguna otra á la universalidad ni á la competencia del Código penal. Aparte de los de-

litos militares, los delitos de imprenta, los delitos de contrabando, y los delitos sanitarios, no hay, decíamos, más delitos que los que aquel declara, no hay más castigo que los que aquel impone. Su esfera es universal, su comprension absoluta.

33. «¿No debería haberse hecho, añadimos, alguna otro excepcion? ¿No sería conveniente alguna otra ley particular, donde se declarasen especiales delitos, donde se impusiesen penas para determinar casos?— Contrayéndonos á un punto, acerca del cual se ha hablado frecuentemente de algunos años á esta parte, ¿no convendria, por ejemplo, que la ley de responsabilidad ministerial declarase los unos y las otras respectivamente á los ministros? Y si convenia así, ¿por qué no añadir esa quinta excepcion á las cuatro que preceden?

34. »Indudablemente, la ley tiene el derecho absoluto de multiplicarlas cuanto era necesario ó útil, como le tiene para derogar todo el Código: de ese derecho no hablamos. En el momento en que juzgue indispensable alguna variacion, dictará nuevas reglas, ó sustituirá otros artículos á los anteriores. Mas la cuestion consiste en si debió haberlo hecho desde luego: en si es mejor, en el caso indicado, que la ley de responsabilidad se refiera al Código, ó si es mejor que prescindir de él, y trace su cuadro entero, como si aquel no existiese.

35. »Nuestro modo de pensar, continuábamos, es el mismo que el del artículo. No creemos que haya precision de esa ley, en la parte penal, y por consiguiente, aprobamos que no se la mencione en este punto. Parécenos que la ley de responsabilidad de los ministros debe ser una ley de sustanciacion y no otra cosa. Existiendo para ellos un acusador singular, el Congreso de los diputados, que en ningun otro caso lo es, y un tribunal, el Senado, que tambien tiene este carácter rarísimas veces, es indispensable ordenar el procedimiento de una manera que no puede ser la comun, para que ni falten seguridades á la sociedad ni garantías á los acusados mismos. Pero en cuanto á los delitos propios, pero en cuanto á las penas en que se incurra por ellos, no vemos ninguna necesidad de que se multipliquen las definiciones de las declaraciones. ¿Para qué? Por ventura ¿no están contenidos en los títulos 2.°, 3.°, 4.°, del libro 2.° del Código, casi todos los delitos que los ministros, como tales, pueden cometer? Si algunos otros, de más baja categoría, son posibles, ¿no estarán en los títulos siguientes? ¿No son los ministros empleados, y los más altos de los empleados? No es hasta minucioso el Código en todo lo que á esa clase respecta y corresponde?

36. »Pues bien: si los delitos posibles en la situacion ministerial están consignados en la ley; si tambien están consignadas y previstas generalmente las penas, ¿para qué queremos más leyes, y sobre todo, leyes especiales?—En este particular hay un principio que no debemos nunca perder de vista: *lo que sobra, daña.* Si há menester el Código ó reforma ó mayor explicacion, eso lo veremos en los artículos oportunos; pero no digamos que despues de él hace falta una ley, cuando lo que ha-

biamos de buscar en ella tiene su propio lugar en la general que vamos examinando.»

37. A pesar de estas razones, la reforma de 1850 pensó de otro modo. Creyó sin duda que habia materias cuyas penalidades debian ser otras que la del Código general, y escribió la última línea de este artículo «*ni los demás que estuvieren penados por leyes especiales.*»

38. Como es evidente que la sociedad tiene siempre derecho de rectificar sus declaraciones anteriores, y de imponer penas á los hechos que las merecieren, no es ciertamente esta salvedad un punto sobre que debamos hacer cuestion. Mejor nos parece á nosotros que esté reunida toda la penalidad, siendo posible que lo esté: pero si una ley especial que se dicte, incluye por ventura penas, ningun inconveniente, ninguna dificultad puede haber para que se apliquen. El no hallarse en el Código podrá ser un mal método, pero no les quitará su naturaleza, ni las despojará de su valor.

39. Pero ¿quiere decir esta línea añadida que cualquier penalidad que estuviere impuesta por leyes especiales, ántes de dictarse el Código, ha de entenderse vigente y seguir aplicándose en el dia, como si este no se hubiese dictado, como si no hubiese ocurrido esa gran novedad en la esfera legislativa de la nacion española?

40. Nuestra opinion es resueltamente que no. El artículo primitivo no incluyendo esas leyes, las dejó derogadas. Esto es notorio. Derogadas estuvieron en 1848 y 1849, y nadie hubiera podido invocarlas con apariencia de razon. Pues bien: leyes penales derogadas, no se restablecen de un modo implícito, sin expresion, sin decirse cuáles sean. La penalidad es una cosa más séria, más formal, más grave: no hacemos nunca semejantes deducciones, es necesario renegar de las doctrinas más comunes y olvidar los más admitidos principios. Las leyes especiales caducaron. Nacerán hoy cuando cada una se sancione y promulgue; pero no resucitarán en globo, por una palabra confusa, y sin conciencia ni aun de los mismos que las hicieren renacer.

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

1. El artículo 1.° del Código fijó de una vez la naturaleza del delito. Leyéndole y examinándole, hemos encontrado que para que éste exista se necesita una accion penada por la ley, y la voluntad de cometerla en el agente que le da el ser. Reconocimos, pues, la *voluntad* como uno de sus necesarios elementos, y tratamos de explicar de un modo sumario las diversas idéas que bajo tal expresion se encerraban. Sin ella, se dijo, no hay hecho alguno que sea impunible, no hay hecho alguno que sea punible.

2. Mas aquel era un principio, que habia menester desenvolvimiento y aplicacion. Esa *voluntad* de que hablábamos ó la falta de la misma; lo uno ó lo otro, se ha de reconocer por las ciscunsiancias de cada caso. La *voluntad*, hecho interior y de la conciencia, no es un elemento visible, tangible, material, como lo es la accion misma prohibida y penada. La *voluntad ó falta de voluntad* no se tocan, no se ven, sino que se conciben y se deducen. Entre los dos elementos del delito hay esa notable diferencia. La *accion* cae por sí propia bajo el poder de los sentidos; la *voluntad* no cae sino bajo el de la inteligencia y el de la razon. Decimos que un hecho es, porque efectivamente ha sucedido; decimos que la voluntad existe, porque lo creemos, porque nos lo dice nuestra conciencia íntima. Lo uno se vé; lo otro se entiende y se concibe.

3. Síguese de aquí, en primer lugar, lo que ya encontramos consignado en el 2.º párrafo del art. 1.º y lo que en su comentario justificamos suficientemente, á saber: que la voluntad se presume, en todo hecho punible como en todo hecho humano, siempre que no aparezca justificada la pretension contraria.—Síguese, en segundo lugar, que es obligacion de la ley, que ha demarcado esa general presuncion, el consignar las circunstancias que la destruyen, y que aniquilan, como excepciones de la regla, el supuesto de la humana voluntad. Desde el momento en que esta se presume para todo caso ordinario, es menester decir aquellos en que no solamente falta la presuncion, sino en que hay una certidumbre contraria, ú opuesta. Se ha dicho que todos los actos, en general, son libres y consentidos; y conviene, no solo conviene, es forzoso decir los que ni lo son ni pueden serlo.—Hé aquí uno de los orígenes de estas circunstancias que eximen de responsabilidad. Hé aquí uno de los motivos del capítulo en que entramos.

4. Pero no es ciertamente él solo. A más de la falta de voluntad, por las diversas razones porque se puede carecer de ésta, hay otros motivos que eximen tambien de culpa en la comision de hechos generalmente punibles. Los derechos y los deberes humanos no son consideraciones simples, únicas, independientes, apartadas, sino, por el contrario, múltiples, armónicas y conciliables. A veces tambien se levantan las unas enfrente de las otras, y se combaten y destruyen entre sí. Hay derechos opuestos á derechos; hay obligaciones que disputan la primacía á otras obligaciones. De aquí resultan, á veces, difíciles problemas; y su resolucion suele darnos un nuevo elemento de circunstancias, que tambien eximen ó pueden eximir de responsabilidad.

5. No es necesario proseguir este análisis, porque con lo dicho basta para formar idea del capítulo cuyo exámen va á comenzarse.

6. La ley, considerando las acciones en sí, y su moralidad ó inmoralidad absolutas, declara los actos punibles, y forma el cuadro de los delitos, en el tratado abstracto que llamamos Código. Mas, como esos hechos no existen así, sino en concreto; como que aparecen obrados por un agente; como que en este mismo ha de recaer, por regla general,

la pena de los hechos propios, la misma ley tiene que consignar en seguida las circunstancias por las cuales el acto condenado dejará de ser punible, y su autor se eximirá de responsabilidad y castigo, las cuales, para hablar con completa exactitud, impedirán que sea delito lo que lo hubiera sido sin ellas, y supuesto el modo comun de suceder las cosas.

7. Esta es rigorosamente la verdad. Las circunstancias que van á referirse en este capítulo, son las que impiden que sea delito, que sea accion punible, una accion prohibida por la ley. No es bien dicho el decir que ellas convierten en inocente al criminal: la verdad es que rechazan y evitan al actor esta calificacion, este carácter. Lo que en otra situacion habia sido punible, por ellas decae de esa esfera, y viene á parar en la de la desgracia. Sea que se procediese sin voluntad, sea que se procediese con derecho, la inmoralidad es sustituida por la inocencia, y la justicia humana carece de acción sobre el agente de tales obras.

8. Todas estas circunstancias, desenvueltas en los detalles que admite un código, han sido consignadas por el nuestro en su capítulo 2.° Creemos que ha hecho bien. Lo que puede presentarse de una manera ordenada y sintética, no debe ir á desparramarse en forma casuística por todo el progreso de una larga ley.

Artículo 8.°

«Están exentos de responsabilidad criminal:

»1.° El loco ó demente, á no ser que haya obrado en un intervalo de razon.

»Cuando el loco ó demente hubiere ejecutado un hecho que la ley califique de delito grave, el tribunal decretará su reclusion en uno de los hospitales destinados á los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin prévia autorizacion del mismo tribunal.

»En otro caso será entregado á su familia bajo fianza de custodia; y no prestándola, se observará lo dispuesto en el párrafo anterior.»

2.° . . . .

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. 21, tít. 1, L. 9.—Furioso sententia à judici vel ab arbitrio dici non potest.*

De regulis juris, l. 40.—Furiosi..... nulla voluntas est.

Partidas.—*L. 21, tít. 1, P. I.—Señaladas personas son las que se pueden escusar de non recibir la pena que las leyes mandan, magüer non las entiendan, ni las sepan al tiempo que yerran, haciendo contra ellas: así como aquel que fuese loco de tal locura, que non sabe lo que se face. É magüer entendieren que alguna cosa fizo, por que otro home debiese ser preso, ó muerto por ello, catando en como aqueste que diximos, non lo face con seso, no le ponen tamaña culpa, como al otro que está en su sentido.....*

L. 9, tít. 1, P. VII.—..... Eso mesmo decimos que serie (á saber, que no pueden ser acusados) *del loco et del furioso et del desmemoriado, que nol pueden acusar de cosa que ficiese en cuantol durase la locura: pero non sin culpa los parientes dellos, cuando non los facen guardar de guisa que non puedan facer mal á otri.*

L 3, tít. 8, P. VII.—..... Otros decimos que si algunt home que fuese loco ó desmemoriado..... matase á otro, que non cae por ende en pena ninguna, porque non sabe nin entiende el yerro que face.

Cód. franc.—*Art. 64. No hay crímen ni delito cuando el autor se hallaba en estado de demencia en el momento de la accion.*

Cód. austr.—*Art. 2. Ninguna accion ú omision constituye delito:*

1.° *Cuando el autor se halla totalmente privado de su razon.*

2.° *Cuando siendo intermitente la enagenacion mental, se haya cometido el delito durante la propia enagenacion.*

Cód. napol.—*Art. 61. No hay crímen, cuando el que lo ha cometido se hallaba en estado de demencia ó de furor en el momento de la accion.*

Cód. brasil.—Art. 1.° *Tampoco serán considerados como criminales.*

. . . .

2.° *Los locos de cualquier género, á no ser que tengan lúcidos intervalos, y durante ellos cometan algun crimen.*

Art. 12. Los locos que cometan algun crimen, serán encerrados en una de las casas destinadas para los de su clase, ó entregados á su familia, segun lo estime el juez conveniente.

Cód. esp. de 1822.—Art. 26. *Tampoco se puede tener por delincuente ni culpable al que comete la accion hallándose dormido, ó en estado de demencia ó delirio, ó privado del uso de su razon, de cualquier otra manera independiente de su voluntad.*

COMENTARIO.

1. (Ante todo, una ligera advertencia sobre lo que acabamos de hacer, y harémos aún varias veces en adelante. Hemos dividido el art. 8 en sus diferentes *números*, y los daremos á continuacion los unos de los otros, acompañándolos de sus respectivas Concordancias. Dar de una vez el artículo entero, con todo lo que le dice relacion en los demas códigos que consultamos, habria sido tan largo y desordenado como confuso. Siguiendo el actual sistema, obtendremos la division natural de los diferentes asuntos, y facilitaremos las comparaciones y las explicaciones á que da lugar esta abundante materia.)

I.

2. Con razon ha fijado la ley la demencia ó la locura como primera causa de irresponsabilidad criminal. La demencia y la locura son la absoluta y de ordinario constante falta de la razon, ese primer elemento de la humanidad, ese primer sello del hombre. La demencia es la falta de juicio sosegada y tranquila; la locura es la misma demencia con accesos de delirio ó de furor. El que se halla en tan tristes situaciones no practica actos humanos: no es la voluntad quien inspira sus hechos: ni sus acciones, ni sus omisiones pueden ser moralmente punibles.

3. Esta doctrina ha sido de todos los tiempos y de todas las sociedades. Si alguna legislacion no la ha consignado acaso de un modo explícito, por lo ménos la ha supuesto, sin poder nunca concebir la opuesta. Los mismos pueblos infantes han respetado la enagenacion mental, y mirado como séres superiores á los dementes. Su estado excepcional

ha sido para ellos un misterio religioso, como para nosotros es motivo de gran lástima, de inmensa conmiseracion.

4. Pero entiéndase bien que aquí hablamos, y que aquí habla la ley, de la demencia real y verdadera, de la que todo el mundo reconoce por tal, de la que se ha llamado así en todos tiempos. No hacemos distincion, ni la hace el Código, entre la que es mansa y suave, y la que es delirante y furiosa; bástanos que sea reconocida, que sea cierta, que sea incuestionable. La privacion ó la falta del juicio es la que exime de responsabilidad: quien se halla desposeido de él, no puede incurrir en esta segunda.

5. ¿Es necesario que la demencia ó que la locura sean constantes, normales, permanentes?—No: de seguro no lo es; porque eso no influye de ningun modo en la moralidad concreta de la accion; basta, como hemos dicho, que el defecto de razon sea verdadero. Lo mismo ignora lo que hace el que de nacimiento es estúpido, idiota, que el que teniendo de ordinario sentido, carece de él por resultas de un delirio temporal. La moralidad de los actos se regula por la situacion del agente en el momento de cometerlos; y nada importa, para calificarlos, la en que puede aquel agente haberse visto ántes ó despues. El que de contínuo delira es irresponsable de todas sus acciones; el que delira á veces, el que ha delirado una sola, es irresponsable de las que cometió en tanto que le duraba el delirio: quien por intervalos es demente y juicioso, será irresponsable ó responsable, segun que respectivamente haya procedido sin inteligencia ó con inteligencia, sin razon ó con razon.

6. Los principios son simples, son claros, son incuestionables en este particular: ninguna duda, ninguna cuestion cabe sobre ellos; la cuestion y las dudas vienen despues en las aplicaciones. ¿Hay demencia, ó no hay demencia, en ciertos casos? ¿Qué debe presumir la ley en tales otros? Hé aquí donde surgen dificultad sobre dificultad; y algunas por cierto de las mayores que ofrece la ley, y que presenta en su múltiple panorama la práctica.

7. Ya se comprenderá que hablamos de las monomanías, que hablamos de las locuras parciales, intermitentes y dudosas, que hablamos del paroxismo de la pasion.

8. Las ciencias auxiliares de la medicina, esos modernos estudios sobre la naturaleza humana, han venido á traernos estas dificultades. Mejor conocido el hombre físico, y pretendiendo que bajo todos aspectos se le conoce mejor que en los siglos pasados, hánse visto ó creido verse en su razon multitud de desarreglos, que nuestros antecesores no veian ó no apreciaban, y cediéndose á una deplorable facilidad de excusar las malas acciones, ó á una tendencia anti-moral y materialista, se han calificado con frecuencia de actos irresponsables á los que el buen sentido y la conciencia general calificaban de delitos verdaderos. Ha habido su moda de monomanías, como la ha habido de hechos necesarios, como ha venido despues la de las predisposiciones irresistibles, determinadas

por las protuberancias del cerebro. La fisiología y la frenología han echado á veces perturbaciones en vez de luz sobre la moral y la legislacion.

9. No quiere decir esto que neguemos nosotros la existencia de las monomanías. Las hay realmente, las padece sin duda la humanidad. Tan cierto juzgamos que las haya, que creemos no son otra cosa la mayor parte de las locuras normales. Aquellos desgraciados á quienes llamamos locos, no lo son por lo comun sino en uno ó en pocos puntos de la esfera de sus ideas. Hablan, piensan, raciocinan con juicio y con lucidez sobre alguna ó sobre muchas cosas, y solo en lo que tiene relacion con ciertos objetos es en lo que se enfurecen ó desbarran. Locos rematados, de absoluto y completo delirio, como dementes perfectos, de idiotismo y bobería general, son escasos, por fortuna, en el mundo. No solo calificados con aquel nombre, sino encerrados en hospitales y en jaulas, los tenemos que no son otra cosa que verdaderos monómanos.

10. De cualquier modo, la monomanía es una realidad; y el que de hecho la padece, no puede ser responsable por los actos á que ella le arrastra. Pero cuenta no vayamos á caer en ese peligro que señalábamos un instante hace. La excepcion de la monomania requiere un esmero sumo, una severidad inexorable y justísima para su calificacion. Es menester que jamás se confunda lo que sea efecto de ella, en su pureza, en su verdad, con lo que lo sea solo del vicio, de la depravacion, de hábitos criminales. Esa tendencia laxa de que hemos hablado, es errónea y mentirosa en sí, es perjudicial y horrible en sus consecuencias. Pretender explicar por la monomania todos los crímenes ó los más capitales, suponiéndolos efecto de una alteracion parcial en nuestra inteligencia, ni la razon lo consiente, ni sus resultados pueden permitirlo. La libertad es la ley del hombre, por más que siempre le asistan motivos para inclinarse y decidirse. «Es necesario dejar al delito su carácter natural, no queriendo convertirle por sistema en hechos forzosos é irremediables, en los que no tienen sus autores ni voluntad ni intencion. Contra ese espíritu, ciertamente falso y aventurado, cuya consecuencia sería la desmoralizacion de nuestras acciones, debe protestar sin duda ni vacilacion la ciencia, así como protesta el instinto de la justicia. No, no son monómanos la mayoría de los hombres, ni la mayoría de los criminales. No dejan por lo comun de conocer los que cometen una accion prohibida y dañosa, el mal que causan á sus semejantes, así como no dejan de ser libres para ejecutarla ó no ejecutarla. La presuncion de la ciencia y de la ley son justamente el conocimiento; porque esa es la presuncion de la humanidad, porque eso es lo cierto, lo indisputable. Raros son sin duda los casos de verdadera monomanía; y si bien no puede prescindirse de acogerlos y respetarlos cuando resultan justificados completamente, es sin embargo forzoso no dejarse persuadir con facilidad de ellos, por efecto de esa indebida laxitud á que nos ha llevado en esas materias el predominio del interés individual.»

11. Esto deciamos en 1840, y esto mismo decimos ahora. No cree-

mos ni juzgamos deban creer los tribunales en esas monomanías halladas *á posteriori*, con el fin de justificar ó de excusar á los delincuentes. Para admitirlas á discusion, como tal medio de excusa, parécenos preciso que ántes de la comision del hecho inculpado fuesen ya conocidas, y aceptadas, por la generalidad de los que trataban con sus autores. Aun así, es necesario ver y examinar muy detenidamente su relacion con el mismo hecho; es necesario que respecto á éste, como causa de su inculpabilidad, satisfagan bien á la conciencia pública. Las declaraciones periciales, por sí solas, no se nos figuran argumentos decisivos; sabiéndose por una parte con qué facilidad se inclinan el mayor número de los médicos á la teoría que rechazamos, y teniéndose presente por otra que la verdad en estas materias alcanza al sentido comun, tanto ó más que á las idéas ó á los estudios especiales. A ningun motivo real de excusa se niega la conciencia humana: los que ella desde luego no admite, para nosotros son falsos, ó por lo ménos sospechosos.

12. Mas no hemos hecho únicamente mencion de las cuestiones de monomanía: hánse indicado otras, que es necesario recorrer y examinar de un modo breve.

13. Ya queda observado que la locura puede no ser de tal manera constante, que alterne con momentos ó intervalos de razon. La monomanía misma puede tener un carácter idéntico. Don Quijote, modelo inmortal de esta clase de dolencias, reconoció su delirio ántes de morir; y esa reaccion de buen sentido que aquel experimentó entónces, muchos monómanos la experimentan más ó ménos frecuentemente. El hecho es que en casi todo extravío de razon hay momentos de juicio y de descanso. La palabra intervalos lúcidos, es una expresion técnica que se aplica á casi todos los delirantes, á casi todos los furiosos, á casi todos los locos. Unicamente los idiotas, los estúpidos, los alelados, son los que no pueden tener tales instantes, porque en estos no hay una perversion, sino una carencia del juicio mismo.

14. La disposicion de la ley, segun se ha visto por sus palabras, es que responde el agente, aunque loco, de lo que hiciere, habiéndolo hecho en un intervalo de razon.—De aquí, la cuestion de las presunciones, esa compañera inseparable de todos los pasos, de todos los preceptos del derecho.

15. ¿Qué habrémos de presumir, pues, acerca de la comision de un delito, tratándose, como agente, de tal persona, acerca de la cual se sabe, ora que padece arrebatos de locura, ora que estando loca, por lo comun, goza momentos más ó ménos largos de razon? ¿Cuál es el supuesto que autoriza la ley, y que ha de admitir el tribunal, salva siempre la prueba contraria, como en todos los casos en que caben dudas, y en que se procede por presunciones?

16. La base ordinaria de éstas no puede racionalmente ser otra que el estado comun de la persona de quien se inquiera, porque la presun-

cion es la probabilidad declarada por la ley; y tratándose de dos situaciones posibles, aquella es más probable en donde se está más de ordinario. Así, al reconocidamente loco, pero á quien se conocen momentos de juicio, por loco é irresponsable se juzgará en sus obras, á no ser que apareciese haberlas practicado en uno de aquellos momentos. El delirio es su estado natural: está dado por demente: como tal, existe en un hospicio de estos desgraciados: como tal, le encierran de contínuo en su casa: como tal, le señalan y reconocen sus convecinos; la presuncion en todos estos casos es la locura.—Por el contrario, si su estado habitual es la salud: si anda libre por medio de la sociedad, que le recibe y acepta en el trato comun: si ejerce, por lo ménos, una parte de los cargos de sus conciudadanos, y solo padece su locura á plazos, por temporadas, en accidentes, durante los cuales se le recoge, y luego se le permite volver á salir;—en semejantes casos, la presuncion que acompaña á sus obras es la de ser hechas en tiempo de juicio, y de ser por consiguiente imputables. Aquí, como en el caso anterior, lo ordinario es lo que se presume, mientras no resulta otra cosa.

17. Es necesario, sin embargo, advertir que las circunstancias del hecho mismo, para el cual ó sobre el cual se indagan las presunciones, pueden cambiar notablemente la naturaleza de éstas. Hay por lo comun caractéres muy distintos entre los actos de locura y los actos de razon, sobre todo en hechos un poco complexos, como son la mayor parte de los que las leyes castigan. De aquí, que la observacion de los hechos mismos, en toda la sucesion que los compone, el exámen de sus motivos, el análisis de sus adherentes, todo ello pueda suministrar datos muy atendibles acerca del estado mental de quien los realizara. Y esa presuncion que de ahí se derive, cuando en efecto se llegue á derivar, bien valdrá tanto y más que la otra que hemos citado, como que no provendrá solo de consideraciones generales acerca del estado más ó ménos comun del agente, sino de razones que tienen su fundamento en la misma obra, y que por tanto la han de caracterizar con más seguridad y con más fuerza. A decir verdad, lo que de este género de circunstancias se deduzca, no solo puede ser probable y balancear ú oscurecer las contrarias presunciones, sino que puede llegar hasta la certidumbre, y convencer definitivamente nuestro ánimo acerca de la culpabilidad ó inculpabilidad, de la responsabilidad ó irresponsabilidad del autor.

18. Hicimos tambien mencion en los anteriores párrafos, del paroxismo ó último grado de exaltacion en las pasiones como una especie de delirio, que, al decir de algunos, lo era real y verdadero, y producia, ó habia de producir por consiguiente, la inculpabilidad de los que arrastrados por él obrasen. Ahora seria ocasion de ocuparnos en esta materia, y de examinar si semejante doctrina es ó no admisible en buena razon, si no debiéramos tratarla *ex profeso* en el artículo siguiente, que es donde la ley consigna y aprecia tales motivos. Dirémos, pues, solo, en este lugar, que nuestro Código no ha estimado por locura y demencia,

capaz de justificar las acciones en sí mismas punibles, ese arrebato de la pasion por grande y exagerado que se le suponga. Ha hablado de él en otro punto, y le ha dado menor importancia. Si tiene ó no tiene razon en ello; si ha hecho ó no ha hecho bien en separar de la demencia verdadera esa situacion, que algunos elevan á la propia categoría, ya queda dicho que se examinará y decidirá más adelante. Aquí fijamos el hecho legal; no calificamos en este momento su justicia. Consignamos que la pasion, áun en los últimos límites, no es objeto de este artículo, porque lo es de otro que vendrá luego; y dejamos para aquel instante la exposicion de nuestra doctrina sobre tan importante materia.

19. Lo mismo decimos de la embriaguez. Tambien califica sus méritos el art. 9, y tambien nosotros nos reservamos su calificacion para entonces.

20. Por lo que aquí respecta, la ley ha hablado solo de demencia ó de locura, en sus usuales, ordinarias significaciones. Ninguna persona, pues, á quien, de ordinario y en el uso comun, no se llama loco ó demente, puede invocar, ó puede ser motivo de que se invoque el beneficio de este artículo. Solo la falta de juicio, sea constante, sea accidental, pero real y reconocida siempre, puede ser causa de la inclusion en sus términos. Entran en él el idiota, el estúpido, absolutamente estúpido, el delirante, el furioso, áun el monómano, cuando esta monomanía tiene los caractéres de que hemos hablado más arriba. Pero no entra nadie más, por grande que sea la agitacion de su juicio. Esos otros, de quienes acabamos de hablar, el mundo no los llama locos ni dementes; y la ley, que no ha olvidado sus acciones, se ocupa de calificarlas en otro lugar.

21. ¿Entrará empero la persona que obre dormida? ¿Se eximirá por él de responsabilidad el somnámbulo, como le eximia en el artículo concordante de la ley de 1822?

22. El caso no es comun, pero sin embargo es posible. Hay somnámbulos que se levantan, que se mueven, que ejecutan acciones más ó ménos complicadas. La ley no ha hablado expresamente de ellos, y puede ocurrir á algunos que este artículo les sea aplicable, como que al cabo, sin juicio, sin conciencia, sin razon, y á manera en un todo de dementes, es como obran.

23. Ninguna duda puede ofrecerse, á la verdad, de que los somnámbulos son irresponsables de lo que hacen durante el sueño. A nadie ocurrirá ponerlo en cuestion: nadie se atreverá á decir que, supuesta la verdad del sueño, los actos del que duerme son voluntarios. La cuestion siempre versará sobre el supuesto mismo; y la dificultad de semejantes causas estará reducida á si en efecto dormia el agente. Cuestion difícil; cuestion en que, por regla general, la presuncion ha de hallarse en contra de tal creencia. Mas si la cuestion se resuelve por la afirmativa, el punto de derecho corre y queda decidido de suyo. El somnámbulo no esculpable por sus obras.

24. Pero nosotros no lo deduciríamos de este número 1.°, ni áun de ningun otro del art. 8.° En él, franca y sinceramente, no se habla de semejante fenómeno. El sueño tiene circunstancias comunes con la demencia; pero cuando se usa en el mundo de esta última palabra, nadie la aplica á los que se hallan en aquel estado. Ahora bien: segun nuestro sistema, la ley no puede dar á sus expresiones otro sentido que el general y comun, á no ser que las defina de un modo terminante. En otro caso, lo que significan en ella es lo que significan en la boca de todos. Si, pues, nuestro Código no define la palabra *demente*, y si por *demente* nadie entiende en el mundo un hombre que está durmiendo, tenemos razon para decir que no se comprende en el artículo, ó al ménos en el número que nos ocupa, la declaracion de que hablamos, y sobre la que discurríamos si entraba ó no en sus disposiciones.

25. El único precepto de la ley que se aplica al caso en cuestion, es el de su art. 1.° Ya vimos en él que no podia haber delito como no hubiese accion *voluntaria*. Ahora bien: si el somnámbulo no obra por su voluntad, los actos que ejecute no pueden ser delitos. El artículo 1.° le absuelve.

26. Indudablente no se habria perdido nada por consignarlo de un modo expreso en este art. 8.°, como se consigna respectivamente al loco, como lo consignó el código de 1822. No basta decir que ha dejado de hacerse por evitar subterfugios á la mala fe, y porque la criminalidad verdadera trataria de cubrirse con esa disculpa en multitud de casos. Eso mismo sucede con todos los demas motivos que eximen de responsabilidad, y sin embargo, no han dejado de consignarse. De ahi nacen las cuestiones de hecho, que son las que ocupan á los tribunales más ordinariamente. Pero el que en los hechos pueda y haya de haber cuestion, no debe ser motivo para que el derecho no se declare de un modo completo y sistemático. La ley lo hubiera debido hacer en el caso de somnambulismo ó del sueño simple; quedando á la autoridad judicial el encargo, que siempre le queda, de depurar la verdad de las alegaciones. En este punto fué más completa la obra de 1822.

II.

27. Hasta aquí la parte del *número* que dice relacion al epígrafe del capítulo y á la introduccion del artículo. «Está exento de resposabilidad..... el loco ó demente, á no ser que haya obrado en un intervalo de razon.»—Pero en seguida de este párrafo añádense otros dos, que, si no pertenecen completamente, y áun puede decirse que de ningun modo, á la ley, terminan por lo ménos, y perfeccionan este incidente de la demencia ó locura.—Los locos que hubieren cometido delitos graves serán encerrados, segun el primero, en un hospital de los que para su clase se destinan, y no podrán salir de él sin prévia autorizacion del tribunal que allí los confinara; los que los hubieren cometido ménos graves, serán, con arreglo al segundo, entregados á sus familias bajo

fianza de custodia, y en otro caso sufrirán el mismo destino que se demarca en el anterior.

28. A decir verdad, la primer apariencia de estas disposiciones encierra todavía algo de pena, ó de semejante á las penas. No parece en efecto solo una medida de precaucion, para evitar que se repitan daños que la experiencia ha demostrado posibles, toda vez que no basta en uno y otro caso la caucion de custodia; y aunque se preste ó quiera prestar ella por las familias, se les arrancan los autores de hechos graves, y se les encierra en un lugar donde á ningun otro loco se lleva por fuerza. Tales medidas de precaucion son extraordinarias, y algo más que precaucion indican ó contienen. Diríase, volvemos á repetir, á primera vista, que no es exacto el que la ley *exime* de responsabilidad á los locos y dementes, pues que alguna les deja, pues que alguna coercion ejerce sobre ellos, cuando han ejecutado actos de gran importancia.

29. Sin embargo, no nos dejemos seducir por ese raciocinio: contemplemos desapasionadamente lo que manda la ley y sus razones, y nos convencerémos de que ésta ha tenido razon, y de que, al mismo tiempo que no quebranta los principios, tiende, y se propone por objeto, asegurar, tranquilizar, dar á la sociedad las garantías posibles contra la repeticion, no de delitos, pero sí de desgracias.

30. Los principios, ya lo hemos visto, ya lo hemos declarado: el demente no es culpable: las acciones del demente no se le pueden imputar: por esas acciones, no pueden imponérsele penas.

31. Pero la sociedad no tiene solo el derecho de castigar los crímenes; le tiene tambien, y con él tiene la obligacion de prevenir en lo posible las desgracias. Contra las tormentas se levantan pararayos, y á los torrentes que se desbordan se les enfrena con estacadas y con diques. Así, pues, cuando una persona que no tiene razon perturba la sociedad y le causa males, el poder público posée el derecho de rodear de embarazos á esa persona, para impedirle que vuelva á cometer lo que ya en una ocasion cometiera. No tiene otro fundamento el partido de encerrar á los locos, que el peligro inminente en que su libertad ó su soltura ponen á sus conciudadanos. Y si le hay, ese derecho, para con un loco cualquiera, mucho más ha de haberle para con aquel que la experiencia señala como peligroso.—Fáltanos solo ver ahora por qué no se exigen siempre las mismas precauciones.

32. Una regla general dicta la razon para éstas: que satisfagan la ansiedad pública, calmen y extingan la alarma que hayan concebido los pacíficos ciudadanos. Cuanto se necesite para esto es legítimo: lo que de esto exceda, no lo es, sino, por el contrario, lujoso y vejatorio.

33. Ahora bien: de la misma suerte que un loco, que ha causado males efectivos á la sociedad, produce más alarma que el que no los causó nunca, así el que los irrogara de mayor gravedad y tamaño la causa mucho mayor que quien solo los produjera ménos graves, ó

comparativamente leves. La conciencia pública no pide precauciones contra un loco completamente inofensivo: pídelas, cuando ha ocasionado males de cierta importancia: pídelas mayores, cuando estos males tuvieron más gravedad. Y no basta decirle á esa conciencia pública que los causantes carecian de razon, y no pueden ser castigados por sus actos. «Yo no te pido que los castigues, responderá, sino que me garantices contra sus insanos propósitos. No los penes; pero dáme la seguridad que cada caso requiera.»

34. De aquí la caucion de custodia que se pide por ciertos hechos á las familias ó el encierro que se decreta en su defecto: de aquí la necesidad de ese encierro, sin aceptar la caucion, en los casos de mayores desgracias. Cuando éstas son más considerables, cuando es mayor la alarma, una oferta particular no puede ser bastante para la conciencia pública. Para un loco que asesina, es menester que la sociedad tenga una reclusion: la reclusion doméstica es insuficiente.

35. Por lo demás, estas prescripciones de que hablamos, ni son novedades en nuestra práctica, ni es este Código el primero que las consigna. Lo que se dice aquí, se ha acostumbrado en nuestros tribunales, aunque no tuviéramos ley que lo preceptuara; y en las Concordancias hemos visto que el código del Brasil expresamente lo sanciona tambien. No habia ninguna razon para que el nuestro dejase de consignarlo, ni para que lo hiciese en otros términos que lo emplea.

36. En cuanto al tiempo que ha de durar la reclusion, la causa que dá lugar á ella nos señala la norma que la misma ley reconoce y consagra. Ese tiempo es indefinido. Naturalmente debe durar lo que la demencia durare. Sin embargo, tal vez habrá casos en que, sin extinguirse completamente aquella, decaerá ó cesará la alarma, y podrá templarse la severidad del encierro. La ley confía semejantes apreciaciones á la prudencia de los tribunales; y demás estará el decir con qué severidad deben mirarse estos asuntos, y con qué sobriedad habrán de concederse las autorizaciones en cuestion. Una responsabilidad terrible caeria sobre los magistrados que acordasen ligeramente favores de ese género, si se convirtieran por acaso en triste orígen de nuevos males, de nuevas desgracias.

Artículo 8.° (Continuacion.)

«2.° El menor de nueve años.

»3.° El mayor de nueve años y menor de quince, á no ser que haya obrado con discernimiento.

»El tribunal hará declaracion expresa sobre este punto, para imponerle pena, ó declararle irresponsable.»

«4.° . . . .

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVII, tít. 10, l. 3.—Illud relatum peraeque ets eos qui injuriam pati possunt, et facere posse. Sane sunt quidam qui facere non possunt, utputa furiosus, et impubes, qui doli capax non ets, namque ii pati injuriam solent, non facere. Cum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere hos sive pulsent, sive convicium dicant, injuriam fecisse non videri. Itaque pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest; facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere, etiamsi nesciat cui faciat.*

Partidas.—*L. 4, tít. 19, P. VI—.....Mas si fuese mayor de catorce años, non podrie seer acusado de tal yerro* (adulterio) *nin de otro de luxuria, porque non cae aun tal pecado en él....*

L. 9, tít. 1, P. VII—....Repite lo copiado anteriormente y sigue: *Pero si acaesciese que este atal* (el menor de catorce años) *ficiese otro yerro, assi como si firiese, ó matase, ó furtase, ó alguno otro yerro semejante destos, et fuese mayor de diez años et medio et menor de catorce años, decimos que bien lo podrien ende acusar. Et si aquel yerro le fuese probado, nol deben dar tan grant pena en el cuerpo nin en el haber, como farien á otro que fuese de mayor edat, ante gela deben dar muy mas lieve; pero si fuese menor de diez años et medio, estonce nol podrien acusar de ningun yerro que ficiese.....*

L. 7, tít. 31, P. VII—.....Et si por aventura, el que oviese assi errado fuese menor de diez años et medio, non le deben dar pena ninguna, et si fuere mayor desta edat et menor de diez et siete años, débenle menguar la pena que darien á los otros mayores por tal yerro.

Nov. Recop.—*L. 3, tít. 14, lib. XII.—..... He resuelto establecer nueva ley y pragmática sancion en esta forma: que á cualquiera persona que teniendo diez y siete años cumplidos, dentro de la córte..... le fuese probado haber robado á otro..... se le debe poner pena capital..... que si el reo de semejante delito..... excediere de los quince* (años), *se le condene en la pena de.....*

Cód. franc.—*Art. 66. Cuando el acusado sea menor de diez y seis años será absuelto, si se declara que ha obrado sin discernimiento, pero, segun las circunstancias, será entregado á sus parientes, ó conducido á una casa de correccion, en la que permanecerá todo el tiempo que se señale en la*

sentencia, y que nunca podrá exceder de la época en que cumpla veinte años de edad.

Cód. aust.—*Art. 2.° Ninguna accion ú omision constituye delito:*

. . . .

4.° Cuando el autor del hecho no ha cumplido todavía catorce años de edad.

Cód. napol.—*Art. 64. Estarán exentos de toda pena los menores de nueve años.*

Lo estarán tambien los menores de catorce años cumplidos, cuando se decida que han obrado sin discernimiento. Sin embargo, en el caso de crímen ó de delito, deberá el juez entregarlos á sus parientes, obligándose estos á darles buena educacion, ó enviarlos á un establecimiento que designará el gobierno, en el cual serán educados y permanecerán el número de años que se prefije en la sentencia, sin que en ningun caso pueda exceder de su mayor edad.

Cód. brasil.—*Art. 40. Tampoco serán considerados como criminales:*

1.° Los menores de catorce años.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 23. Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable en ningun caso el menor de siete años cumplidos. Si el mayor de esta edad, pero que no haya cumplido la de diez y siete, cometiere alguna accion que tenga el carácter de delito ó culpa, se examinará y declarará préviamente en el juicio, si ha obrado ó no con discernimiento y malicia, segun lo que resulte, y lo más ó ménos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales.*

COMENTARIO.

I.

1. Tan fácil es de concebir el principio consignado en estos *números*, como es difícil de aplicar y de determinar en sus disposiciones prácticas. Todos lo sienten, todos lo reconocen, todos lo confiesan; pero cuando llega el momento de definirlo, convirtiéndolo en precepto legal, no hay dos códigos que lo hagan de la misma suerte. La exencion de responsabilidad por razon de la infancia, de la niñez, del corto número de años, es una necesidad de sentimiento y de conciencia: en la fija-

cion de sus límites es donde están las dificultades, porque es donde está la arbitrariedad. Sabemos la regla; pero no distinguimos medios constantes de aplicarla.

2. Consiste ese inconveniente en que la naturaleza no ha levantado un muro entre la edad de la ignorancia absoluta, y la edad del completo discernimiento. Este no se nos rebela, no se nos infunde de una vez, sino que se vá haciendo lugar poco á poco en nuestro ánimo, y desarrollando y ganando línea á línea nuestra inteligencia. El discernimiento comienza á venir, tal vez desde el pimer dia que nacemos al mundo, y todavía en la ancianidad, y cuando nos sorprende la muerte, no ha acabado de perfeccionarse. Aprendemos durante toda la vida, y por todo su curso se puede aumentar la ciencia de nuestros deberes. En este camino indefinido siempre marchamos, y nunca tocamos, no podemos tocar el término.

3. Pero estas consideraciones, pasado cierto punto, no tienen ya influencia en la ley. La ley debe, y no puede ménos de considerar nuestra vida humana como compuesta de ciertos grandes grupos de años, respectivamente al discernimiento, á la inteligencia del bien y del mal. La ley, apoyándose cuanto le es posible en la observacion, tiene que trazar una série de situaciones, elevándolas á reglas, más ó ménos invariables, acerca de ese discernimiento, de esa inteligencia misma. Hé aquí su necesario, su indeclinable problema.

4. Nuestra ley ha dicho: existe una edad en la que el hombre no tiene conocimiento de lo que hace, no percibe aún su moralidad, no puede distinguir sus resultados. En esta edad el hombre, el niño dijéramos más bien, es completamente irresponsable de sus obras.

5. Existe una segunda edad, en la cual es dudoso el discernimiento. Puede haberle, y puede no haberle. Le hay en unos, y falta absoluta ó casi absolutamente en otros. Segun sea el adelanto físico y moral de cada individuo de por sí, segun sea la educacion y la enseñanza que cada cual haya recibido, así serán tambien claras ó confusas, inteligentes ó ininteligentes sus voluntades. Sobre este período, nada general cabe estatuirse. Puede haber responsabilidad moral de las propias obras, y puede no haberla. Es una transicion, que para éstos se apresura, que para los otros se retarda, por más ó ménos espacio.

6. Hay otro período, en fin, en el cual no puede ménos de suspenderse el discernimiento. Sin embargo, en los primeros años de esta tercer época, aun cabe suponer que no sea tan completo, tan reflexivo, tan endurecido como en los años posteriores. Aun la notoria criminalidad reclama cierta indulgencia en esa situacion, en la que no se concibe estén cerrados al bien los tiernos y juveniles efectos de los que la comparten. No es esa todavía la edad de los hombres incorregibles.

7. De suerte, que distinguimos cuatro períodos.

8. El primero, el en que la ley no reconoce, ni se presta á reconocer ninguna culpabilidad, ninguna responsabilidad, porque no admite el

necesario discernimiento para justificarla. Ese período, que en nuestra antigua legislacion fué de diez años y medio, y de siete en la de 1822, ha sido fijado en nueve por el Código penal.—Hasta la edad de nueve años, segun él, ninguno comete delito, ninguno puede ser perseguido por sus acciones: no hay en tal caso culpa, no hay acto punible; hay solamente una desgracia.

9. Comprende el segundo período á los que han cometido una accion en sí punible, y cuentan la edad de nueve á quince años. Respecto á ellos, la ley no adopta una regla invariable. Cree que pueden ser culpados, y que pueden ser inocentes. Estima que lo ordinario es la aparicion ó la formacion del discernimiento, durante el curso de esa edad. Así, cuando aquel ya existe á la época en que se verificó la accion, ésta es culpable, ésta es punible de hecho, su autor es, en efecto, delincuente. Cuando por el contrario aquel no existia, la criminalidad, la delincuencia, no existen tampoco: el autor es irresponsable.

10. Á los tribunales, á quienes se ha cometido la investigacion y el castigo de esas torpes acciones, es á quienes comete tambien la ley la resolucion de semejante duda. Ellos son los que han de pesar todas las circunstancias del jóven autor, para decidir sobre el estado de su inteligencia y de su voluntad. Y con tanto esmero atiende la ley, y quiere que atiendan los tribunales á este punto, que les prescribe y ordena decidirlo no implícitamente y por referencia sola en un fallo de absolucion ó condenacion, sino de un modo expreso, con resolucion terminante, declarando sin ambajes ningunos en qué situacion y en qué estado consideran al presunto reo. La ley no consiente que se mire esa cuestion con desden, y por eso obliga á resolverla de un modo explícito y en una forma terminante (1).

11. Pero podrá suceder que los jueces vacilen, y que no tengan datos decisivos para juzgar esa cuestion: podrá ser que duden entre el discernimiento ó no discernimiento del reo, entre su inteligencia ó no inteligencia, entre lo reflexivo ó lo confuso de su voluntad. Los datos pueden no ser terminantes: la cuestion puede ser difícil; más que difícil, peligrosa.

12. Aquí nos encontramos de nuevo en el campo de la presuncion, mas la ley ha tenido la prevision de fijarla, como era su deber.—La ley ha dicho: «Está exento de responsabilidad.... el mayor de nueve años y menor de quince, á no ser que haya obrado con discernimiento.» Su creencia general, por consiguiente, la suposicion de que parte, lo que ordinariamente estima como verosímil, ya que no absolutamente como seguro, es la falta de discernimiento, la falta de voluntad completa y punible, en el menor de quince años. Reconociendo que lo contrario puede ser la verdad, y dejando abierto el camino de la prueba para que

(1) No es esto decir que deba resolverse antes de la sentencia definitiva; pero sí por resolucion especial en esta propia.

en tal caso resulte, entiende y proclama que esa falta que indicamos, es la presuncion que se ha de tomar por base. No es ella, pues,—la irresponsabilidad,—lo que necesita justificaciones, lo que se ha de acreditar con hechos decisivos: para suponerla y aceptarla basta la edad menor de quince años, y la no existencia de una completa justificacion en el sentido opuesto. Es una presuncion de derecho la que aquí se establece, que no excluye la prueba contraria; pero que, en tanto que no se da esa prueba, es considerada, y surte tales efectos, como la verdad.

13. La diferencia entre el menor de nueve años y el mayor de estos, pero menor de quince, consiste solo en que respecto al primero la ley le declara inculpable, mientras que respecto al segundo, únicamente lo presume y supone. Contra aquella declaracion no es admisible pretension alguna; contra esta presuncion cabe el acreditar lo opuesto. Esta es solo de derecho *juris;* en tanto que es de derecho y por derecho *juris et de jure,* la primera.

14. Una cosa nos queda que observar en este punto de que vamos ahora tratando, y es la expresion particular de que usa la ley. El artículo no dice voluntad, no dice inteligencia, no dice razon: dice *discernimiento.* Y esta palabra no ha sido empleada al acaso, sino muy cuidadosamente; porque ninguna otra expresaria en su lugar lo que la ley ha querido que expresase: y esa palabra es muy digna de ser meditada cuando se presenten en la práctica semejantes casos, para no exponernos á admitir como pruebas de culpabilidad las que justifiquen otra cosa que lo que ha entendido la ley, otra que lo que ha pedido se justificara.

15. *Discernir* no es solo juzgar, ni *discernimiento* es cualquier juicio. Si fuera así, no cabria la menor duda en que habria de hallarse en los menores de quince años. De ocho y de diez, ya juzgan los niños: de trece y de catorce, no hay ninguno que no raciocine, como no sean aquellos que en toda su vida no han de raciocinar. Si, pues, la ley supone que ordinariamente hasta los quince años no tenemos, ó no tenemos completo el discernimiento, consiste en que bajo de esta palabra se encierra algo más que la mera voluntad y que el mero ejercicio de la simple razon. Alguna otra cosa ha de haber en ella: algun más conocimiento, no solo de los hechos mismos que pueden emprenderse, sino de sus consecuencias, y de los resultados de estas consecuencias. No es *discernir,* juzgar únicamente, y en globo, de lo bueno y de lo malo, pues que eso lo comprendemos y lo hacemos todos ántes de llegar á la edad fijada.

16. Equivocaríase, pues, quien para impugnar en un caso dado la presuncion de la ley, articulase y justificase que el autor del pretendido delito tenia una regular, una clara inteligencia. La ley no habia de suponer como base de presuncion, que hasta los quince años eran tontos la mayoría de las personas. Si, pues, estima que hasta esos quince años no suele haber discernimiento, debemos inferir de aquí: primeramente, que en su idéa se comprende algo más que la inteligencia ordinaria, á la

cual no falta, por lo comun, perspicuidad, sino conocimiento de las cosas y del mundo; y en segundo lugar, que la prueba reconocida en el artículo como posible para destruir la presuncion, ha de tener por objeto ese mismo conocimiento del mundo y de las cosas, ese adelanto de malicia, esa comprension de las consecuencias, esa síntesis, por decirlo así, de los objetos exteriores y de las relaciones que los enlazan, que es ya el carácter distintivo de la inteligencia varonil.

17. Á esto es á lo que llama la ley *discernimiento*; y se lo llama con justísima razon, atendida la idéa originaria, la aplicacion exacta de esta palabra. Discernir es, segun el Diccionario de la Academia, juzgar con rectitud, distinguir una cosa de otra, por las diferencias que entre ellas hay. Discernimiento es el juicio recto, por cuyo medio se distinguen las cosas diferentes. Tanto, pues, hacen alusion estas expresiones á la fuerza vital, activa del ánimo, como al conocimiento de lo que está fuera de nosotros. Tanto indican la inteligencia de la mente, como la nocion de lo que pasa y sucede en el mundo. Por eso los niños no tienen discernimiento: fáltales lo objetivo para que sea recto y completo el uso de su razon. Sin duda tienen ya la idéa del mal; pero esa idéa es confusa; pero no conocen las consecuencias de los males. Están aprendiendo la sociedad y la vida, y no puede juzgárseles como si ya la supieran. Falta lastre en el fondo del barco, y nada tiene de extraño que cabecée. Hay desgracia, ó debe presumirse que la hay, más bien que presumir que haya delito.

18. Hasta aquí la doctrina de la ley sobre los dos primeros períodos de los cuatro que señalamos ántes: hasta aquí el precepto de este artículo.

19. El tercer período comprende la edad, desde los quince hasta los diez y ocho años. Sobre él debe verse el art: 9, *número* 2.°, que es donde la ley lo declara. En esta edad ella supone el discernimiento en las personas; pero no completo, no perfecto, no todo el que en lo sucesivo han de tener. Las acciones prohibidas son ya plenamente delito: la pena recae sobre sus autores; más esa misma edad, el no tener aún los diez y ocho años, es una circunstancia atenuante para la imposicion de la pena.—De esto nos tratarémos en aquel lugar, que es el oportuno.

20. En cuanto al cuarto período, de diez y ocho años para arriba, nada tenemos que decir en su razon. La ley ha estimado, respectivamente al punto que nos ocupa, que el hombre es ya todo lo que tiene que ser: su juicio está formado, su discernimiento es suficiente, entera y absoluta su responsabilidad. El castigo cae sobre él, como justa consecuencia de sus malas acciones.

II.

21. Tal ha sido el sistema de la ley. Sistema mixto, como se vé, en el cual ella ha fijado algunas bases, sobre las que no ha permitido discusion, y ha dejado otros puntos al prudente arbitrio y á la apreciacion

justificada de los tribunales. Sistema, en el que ha querido reunir en racionales proporciones la fijeza de sus preceptos, que siempre es una garantía cuando puede conseguirse, y la conciencia judicial, que es el necesario recurso en todo aquello que es variable y se muda de caso á caso.

22. Otras leyes ha habido, por ejemplo el código francés, en que no se ha adoptado más que este segundo recurso. En semejante ley no hay nada que concuerde con el primer período de la nuestra: no hay ninguna parte, por pequeña que sea, del principio de la vida, que exima por sí propia de responsabilidad. Todo lo respectivo á este punto ha sido confiado á la apreciacion de los tribunales. Ellos han de decidir sobre el discernimiento ó no discernimiento, siempre que el acusado, ó digamos el agente, sea menor de diez y seis años: lo mismo de seis que de catorce.

23. Para ordenarlo así, háse fundado la ley francesa en las mismas razones que exponíamos ántes: la imposibilidad de señalar por un precepto comun el instante en que hay ya razon, juicio, discernimiento, para que sean imputables las acciones. Tan inmensa variedad como se nota en este punto, la ha conducido á no dar sobre él ninguna regla.

24. De hecho, y en la práctica—cualesquiera que sean teóricamente los juicios que se formen sobre este sistema y el sistema de nuestro Código,—de hecho, y en la práctica, decimos, los resultados han de ser unos mismos por necesidad. Estamos seguros de que jamás se habrá impuesto pena, en Francia, porque jamás se habrá declarado provisto de discernimiento á un niño que aún no hubiese cumplido nueve años. Decimos más: aunque los jueces estuvieran persuadidos de que tenian delante de sí un mónstruo de inteligencia y de malicia, jamás declararian culpable, ni impondrian verdadero castigo, á un acusado de tan tierna edad. Hay algo en nuestra naturaleza que lo repugna y lo impide. Tiene tambien su santidad la infancia, y se subleva el ánimo hasta contra la misma evidencia de su maldad y de su depravacion. A un niño no puede hacerse más que castigarle como niño, y educarle para que sea hombre. Ahora bien: los castigos de niño, no son las penas que los códigos establecen.

25. Repetimos, pues, que, en el hecho, los mismos resultados nos habia de dar el sistema de la ley francesa, que el adoptado en el artículo que nos ocupa. Uno y otro atienden á lo que exige aquella situacion humana, en la que no puede haber perversion del ánimo. Uno y otro manifiestan la vía por donde es necesario proceder con templanza y con prudencia. Uno y otro encomiendan al buen juicio de la autoridad judicial lo que en los preceptos de la ley no tiene natural y satisfactoria solucion. Uno y otro conducen al mismo fin.

26. Hay empero en la disposicion francesa una parte de que carece la española, y sobre la cual, ó sobre cuya falta, debemos exponer nuestro juicio. Referímonos aquí al precepto de confinar en una casa de educacion al niño ó al jóven, declarado exento de responsabilidad penal, pero que de hecho ha cometido una accion criminosa.

27. Vista la cuestion en teoría, ese precepto nos parece completamente justificado. La actuacion puede acreditar que el niño no ganaba nada ni en doctrina ni en ejemplos, permaneciendo al lado de sus parientes; y la ley, que debe respetar con esmero los lazos de familia, en tanto que no resulte nada contra ellos, puede romperlos hasta cierto punto, y puede sustituirse en lugar de los padres, siempre que estos defraudan las legítimas esperanzas que se fundaran en su accion. Cuando un padre pervierte á sus hijos; cuando no los educa ni bien ni mal; cuando no puede dirigirlos, la sociedad tiene el derecho de arrebatárselos, para salvarlos ella con su acertada direccion, en su educacion cristiana y patriótica.

28. Mas para que la sociedad se arrogue este derecho, es indispensable que sepa y pueda hacer lo que no han hecho ni pueden realizar los padres. No le es lícito sustituirse en su lugar, sino teniendo tales motivos, tales medios, tal resolucion, tal probabilidad, por no decir tal certidumbre. Una sociedad que desgraciadamente carezca de recursos y de instituciones para llevar á cabo esos propósitos, no puede ocuparse de ellos, no puede acariciar un instante la idéa de tomar sobre sus hombros tan pesada carga. La imposiblidad le ata las manos.

29. Parécenos, bien, por consiguiente, que no haya tomado nuestro Código esa disposicion del francés, supuesto que habia de ser ó inútil y ridícula, ó aventurada y perjudicial. Nosotros no tenemos hoy medios de realizarla; y si de repente se improvisasen, confesamos que no nos merecerian confianza alguna. No mandemos, no ofrezcamos, pues, lo que no podríamos cumplir. Si la nacion española continúa marchando por el camino que ha emprendido, no tardará mucho en realizarse esa posibilidad. La riqueza y la ilustracion nos traerán muy luego sus medios. Entónces será obligacion de la ley atender á lo que no puede remediar ahora: entonces se llenará este vacío que señalamos, y se completará un precepto, que no es actualmente de todo punto satisfactorio.

Artículo 8.° (Continuacion.)

«4.° El que obra en defensa de su persona ó derecho, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

»Primera. Agresion ilegítima.

»Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla.

»Tercera. Falta de provocacion suficiente por parte del que se defiende.»

»5.° . . . .

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XI, tít. 2, l. 1.—Ita que si servum tuum latronen insidiantem mihi occidero, securos ero, nam abversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.*

Cód. rep. praelet.—*Lib. IX, tít. 14, l. 2.—Is qui aggressorem vel quemcumque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam merere debet.*

L. IX, tít. 14, l. 3.—Si quis percussorem ad se venientem gladio repulerit, non ut homicida tenetur: quia defensor propiae salutis in nullo peccasse videtur.

L. IX, tít. 14, l. 4.—Liceat cuilibet aggressorem nocturnum in agris vel obsidentem vias atque insidiantem praetereuntibus impune occidere, etiamsi miles sit, meliús namque est his ocurrere et mederi, quam injuria recepta vindictam perquirere.

Partidas.—*L. 2, tít, 8, P. VII.—Matando algunt home o muger a otri a sabiendas debe haber pena de homicida, quier sea libre o siervo el que fuere muerto, fueras ende si lo matare en defendiéndose, viniendo el otro contra él, trayendo en la mano cuchiello, sacado, o espada, o piedra, o palo, o otra arma cualquier con que lo pudiese matar: ca estonce si aquel que cometen assi, mata al otro quel quiere desta guisa cometer, non cai en pena ninguna por ende; ca natural cosa es et mui guisada que todo home haga poder de amparar su persona de muerte, queriendo alguno matar a él, et non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podrie acaescer que por el primer golpe quel diese podrie morir el que fuese cometido, et despues non se podrie amparar.*

L. 3, tít. 8, P. VII.—Otro tal decimos que serie si algunt home fallase algunt ladron de noche en su casa, et lo quisiere prender para darlo a la justicia del lugar, si el ladron se amparase con armas; ca estonce si lo matare, non cae por ende en pena..... Otro tal decimos que serie si algunt home matase a otro quel quemase o destruyese de otra guisa de noche sus casas o sus campos, o sus mieses, o sus árboles, o de dia amparando sus cosas quel tomaban por fuerza..... ca el que matase a cualquier destos non caerie en pena ninguna.....

Nov. Recop.—*L. 1, tit. 21, lib. XII.*—***Todo home que matare a otro a sabiendas, que muera por ello; salvo si matare a su enemigo conocido, ó defendiéndose..... ó si matare ladron que hallare de noche en su casa, hurtando ó foradándola..... ó si le hallare hurtándole lo suyo, y no lo quisiere dejar.....*** (1)

Cód. franc.—*Art. 328.—No hay crímen ni delito, cuando el homicidio, las heridas ó las lesiones han procedido de la necesidad actual de la defensa de sí mismo, ó de otro.*

Art. 329. *Están comprendidos en los casos de necesidad actual de defensa los dos siguientes: 1.° Si el homicidio, las heridas ó las lesiones han sido cometidas rechazando de noche el escalamiento ó rompimiento de puertas, paredes ó entradas en una casa ó lugar habitado, ó de sus dependencias.—2.° Si el hecho ha sucedido defendiéndose contra los autores de robos ejecutados con violencia.*

Art. 321. *El homicidio y las lesiones serán excusables cuando hayan sido cometidos rechazando durante el dia el escalamiento ó efraccion de puertas, paredes ó entradas de una casa ó lugar habitado, ó de sus dependencias.—Si el hecho se comete de noche, se estará á lo dispuesto en el art. 329.*

Cód. aus.—*Art. 127. Los que en el acto de oponer una justa y legítima defensa matan á otro, no cometen delito alguno; pero es necesario que se pruebe, ó que de las circunstancias de tiempo, lugar, ó personas resulte fundadamente que la justa y necesaria defensa se ha empleado solo para preservar su vida, sus bienes, su libertad, ó los de otro.*

Cód. brasil.—*Art. 14. Es justificable el crímen, y no será castigado:*

2.° Cuando se haya cometido en defensa de su propia persona ó derechos.

3.° Cuando se haya cometido en defensa de la familia del delincuente.

Para que el crímen sea justificable en estos dos casos, es necesario que simultáneamente concurran estas circunstancias:

1.ª Realidad del mal, que los delincuentes quisieron evitar; 2.ª, falta absoluta de otro medio ménos perjudicial; 3.ª, que por parte de los delin-

---

(1) Esta es la ley 1, tit, 17, lib. IV del Fuero Real.

cuentes ó de su familia no haya habido provocacion ó delito que ocasionara el hecho.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 621, *No estará sujeto á pena alguna el homicidio que se cometa en cualquiera de los cuatro casos siguientes: Primero. En el de la necesidad de ejercer la defensa legítima y natural de la propia vida, ó de la de otra persona, contra una agresion injusta, en el acto mismo del homicidio, cuando no hay otro medio de repelerla. Segundo. El de rechazar al agresor injusto que de noche invade violentamente, ó trata de asaltar ó de incendiar casa, habitacion ó heredad, ó rompe puertas, ó escala pared ó cerca. Tercero. En el de defender su casa, su familia y su propiedad, contra el salteador, ladron ú otro agresor injusto, que abierta y violentamente trata de robar, incendiar, invadir, ó hacer algun daño á las personas, aunque sea de dia, siempre que no haya otro medio de impedirlo. Cuarto. En el de defender la libertad propia, ó la de otra persona, contra el que injústa y violentamente trata de quitársela, arrebatando al homicida, ó á la persona que este defienda, ó haciéndoles otra fuerza material en sus cuerpos, siempre que no haya otro medio de impedirlo. Si resultare exceso, ligereza ú otra culpa en el uso de la defensa legítima, ó porque fuere leve el daño que amenazase con la agresion ó porque el homicida hubiere tenido otros medios de evitarlo, sin necesidad de matar al agresor, sufrirá el que cometa el homicidio en estos casos una reclusion de.....—Los ladrones ú otros delincuentes, á quienes se persiga ó trate de contener en su fuga, ó se haga resistencia en la ejecucion de su delito, no serán nunca comprehendidos en la excepcion de defensa propia con respecto al homicidio que cometan.....*

COMENTARIO.

I.

1. La doctrina consignada en este artículo de nuestro Código no es una doctrina nueva, ni en su concepcion ni en su expresion. Ingénita en nuestro ánimo y en nuestra conciencia, deducida de lo más íntimo de la naturaleza humana, ha sido consignada en todos los tiempos y por todos los códigos, con más ó con ménos perfeccion, pero siempre de un modo explícito y terminante. Siempre se ha comprendido que á la cabeza de todos nuestros deberes están los que tenemos para con nosotros mismos; y que toda obligacion, respecto á un extraño, se eclipsa ante un derecho propio, que *necesariamente* haya de contrariarla y de ser con ella inconciliable. Aun la ley suprema de la moral, que nos preceptúa el

amor de nuestros semejantes, nos lo encarga como igual al que nos tenemos; no dice, empero, como regla, que lo hayamos de amar más que nos amamos á nosotros mismos.

2. La defensa es, pues, un acto lícito. Se cumple un deber consigo propio, y se ejerce un derecho respectivamente á los demás ejercitándola y poniéndola por obra. La ley misma, por celosa que sea de su ministerio y de sus atribuciones, no puede desconocer la legitimidad que á aquella acompaña. La ley no puede mandar al hombre que no se defienda, cuando ella no le puede defender. La ley no puede inculpar al que se ha defendido, toda vez que no evitaba la agresion de que aquel era víctima. Porque la ley tiene que respetar la naturaleza humana; porque la ley no puede incriminar acciones que aquella declara inocentes: y nuestra naturaleza nos ha inspirado el sentimiento de la propia conservacion, como el más espontáneo, el más instintivo, el primero y el más irresistible de todos los sentimientos.

3. Lo que puede hacer la ley es analizar ese recurso que ella no crea, pero que admite; señalar la parte que en él sea legítima, y distinguirla de la abusiva, excedente, criminal; dar reglas para que se conozca hasta dónde puede ser aceptado, y desde dónde acaba su natural y respetable poder, para convertirse él mismo en agresion y en abuso. Lo que puede hacer la ley es *contrastar* ese derecho, como contrasta tantos otros, para que á su sombra no se introduzca el desórden en la sociedad; para que, á pretexto de defensa, no queden impunes verdaderos delitos.

4. A esto se dirigen las tres condiciones ó circunstancias que el artículo expresa.

5. Primera: *agresion ilegítima*. Porque para que tengamos el derecho de obrar en defensa propia; para que inculpablemente, inocentemente, podamos hacer contra alguno lo que en casos comunes es una accion punible segun la ley; para que le podamos repeler, herir, matar, sin incurrir por ello en ninguna pena, es necesario que tambien haya de su parte alguna cosa real, formal, alguna *agresion*, en fin, como el artículo dice, y que sea *ilegítima*, que sea culpable, que no esté autorizada por ninguna ley ni por ningun derecho. Cuando no sea así, no le tenemos nosotros para defendernos, no le tenemos para obrar. Contra quien nada nos hace, nada podemos legítimamente hacer: contra quien usa de su legítima accion, no tenemos nosotros accion legítima.

6. No basta, pues, por ejemplo, que se nos amenace de palabra. La mera amenaza no es una ofensa real, á la que deba oponerse una ofensa activa. La amenaza no es agresion. La amenaza no nos pone en el conflicto ó de obrar ó de sufrir. A la amenaza se contesta con precauciones silenciosas. Quien pasa de ahí es tan provocador, ó más, como el que le habia amenazado.

7. Pero tampoco quiere decir esto que hayamos de esperar la realizacion del hecho que viene sobre nosotros, para repelerlo y remediarlo

en seguida. No llega á tanto lo que la razon nos pide, ni lo que mandan las palabras de la ley. Aun hablando con todo rigor, eso no sería ya, ó podria no ser, defenderse, sino quizá vengarse de lo que sufriera. Basta para autorizar el ejercicio de este derecho de que hablamos, que sea inminente la accion, que de hecho se nos amague, que haya en realidad tentativa contra nosotros. *Agresion* quiere decir, segun el Diccionario, *acometimiento;* y para que éste se verifique no es necesario que se haya consumado, pero sí que se haya intentado el mal. El que desenvaina y levanta el puñal en una lucha ó quimera con otro, ya le acomete, ya verifica la agresion que autoriza para la defenssa, porque el puñal no se desenvaina y se levanta en una riña, sino para herir. Ya hay acometimiento, ya hay agresion, cuando aparece evidente el conato. Ya existe esa condicion de la defensa, sin la cual ni el buen sentido ni la ley la reconocen.

8. Hemos dicho, empero, y volvemos á repetir, que esa agresion ha de ser ilegítima. El hijo á quien su padre va á castigar, el discípulo á quien va á corregir el maestro, el súbdito á quien la autoridad pública ó sus agentes van á sujetar, van á prender, van á infligir cualquiera pena, á quien los ejecutores de la Hacienda van á secuestrar, á despojar de sus bienes, no tienen ningun derecho de defensa contra esos males que los amagan. Hay ó puede haber aquí agresiones en un sentido lato; pero no son de las que habla la ley, no son de las que autorizan aquel derecho, no son ilegítimas. Sería ciertamente gracioso que un ladron perseguido, acosado, en medio de sus crímenes, invocase el derecho de defensa, para poder matar impunemente á sus perseguidores. No: cuando la justicia, cuando la ley, cuando el derecho están de parte del que va á causar un mal, el amagado con éste no le tiene para rechazarlo de aquel modo. La garantía de la inocencia no puede ser el escudo del crímen.

9. Quede, pues, sentado, que ha de haber *agresion ilegítima,* para que haya legítima defensa. Son estas ideas correlativas, y no pueden existir la una sin la otra.

10. Segunda condicion: *necesidad racional* del medio empleado para impedir ó repeler esa agresion ilegítima.

11. Ya lo estamos indicando desde el principio. Lo que legitima y autoriza esa sustitucion de los medios individuales á los medios sociales de la accion del particular á la de la autoridad pública, es la ley de la necesidad, cuyos preceptos no admiten demora. Cuando, por cualquier circunstancia, semejante necesidad no existe, tampoco es defensa lo que á la agresion se opone, ó no es al ménos defensa justificada. No conducia al agente en semejantes casos el sentimiento de la propia legítima seguridad: era otro ménos noble, otro que no puede igualmente respetar la ley el que le habia sustituido. Detúvose en su agresion, y echó á huir el que nos embestía, y á pesar de ello le tiramos y le matamos. No era, pues, defensa la que ejercimos, toda vez que nuestro peligro cesó,

y que ya no habíamos menester defendernos para salvarnos. La inspiracion que en tal caso nos animára, podrá ser más ó ménos excusable por otras razones; pero no era acto de defensa, cual la ley y el sentido comun la exigen para que sea legítima. Es menester, repetimos, que su ejercicio no pueda evitarse, que su necesidad sea una cosa notoria.

11. Lo mismo hay que decir en principio, cuando la accion de la defensa ha ido más allá de lo necesario. Si la justicia requiere para aceptarla que sea justificada en su orígen, no requiere ménos que sea comedida en los hechos que la constituyen. Cuando nos basta desarmar un agresor, y podemos desarmarle, no tenemos derecho para herir. Cuando le hemos herido, é imposibilitado de dañarnos más, no tenemos derecho para matarle. La razon y la moral han proclamado constantemente estos preceptos, que hasta tienen su expresion técnica y consagrada: *cum moderamine inculpatae tutelae*.

13. Así la necesidad en el principio, la templanza en la accion, son los dos fundamentos y las dos justificaciones de este derecho. Lo que es necesario, y solo cuanto es necesario. Quien emprende más que lo primero, quien hace más que lo segundo, ese no puede invocar para la canonizacion de su obra, ni las inspiraciones de razon ni el precepto de la ley positiva.

14. Es necesario, empero, tener presente una circunstancia, altamente digna de consideracion en el artículo que nos ocupa. Estas palabras no han sido puestas por acaso, y debemos detenernos un instante en su consideracion, para comprender bien á lo que alcanzan y lo que significan.

15. El artículo no dice «necesidad del medio adoptado,» y mucho ménos necesidad *absoluta* del medio adoptado. Aquella primera palabra «necesidad,» que es la clave del concepto todo, ni está rigorosamente puesta en su seca y descarnada acepcion, como sucederia si se la hubiese empleado sin ningun epíteto, ni tampoco está reforzada en esa severa inteligencia, como sucederia si se le hubiese puesto el que acaba de mencionarse, si se hubiese dicho «necesidad absoluta.» El adjetivo que la modifica tiene precisamente, y dá á la frase otra significacion. Lo que dice la ley es «necesidad racional,» y este concepto es mucho más laxo, mucho más susceptible de amplitud y de interpretaciones, que los dos que acabamos de ver, el de la «necesidad absoluta,» ó siquiera el de la «necesidad» sola. «*Necesidad racional*,» volvemos á decirlo, es mucho ménos. Lo que está muy lejos de ser absolutamente necesario, lo que no es todavía, ni con bastante, puramente necesario, puede ser racionalmente necesario, y debe admitirse como tal, en la marcha, en las idéas, en las relaciones del mundo. Ese «*racional*» rebaja grandemente la fuerza de la expresion.

16. Veámoslo con un ejemplo. Estoy en un sitio público, me hallo armado, soy conocido de todos, y tengo un carácter social que es mirado en el mundo con consideracion. En tales circunstancias, se dirige

á mí una persona, y levanta su baston para apalearme. Yo saco la espada y le hiero. ¿Puedo ó no puedo invocar el derecho de la defensa, y eximirme de responsabilidad por el precepto de la ley, por el artículo que vamos examinando?

17. Si la ley hubiese dicho «necesidad absoluta,» ó áun simplemente «necesidad,» ántes de responder á esa cuestion sería necesario fijar y resolver esta otra: ¿pude huir y libertarme de ese modo de la persona que me amagaba?—Porque si de hecho pude huir, es claro á todas luces que no tuve necesidad, absoluta necesidad, de sacar la espada para defenderme.

18. Pero diciendo la ley «necesidad racional,» esa otra cuestion ha desaparecido, ó por mejor decir, no surge siquiera. Un hombre de ciertas condiciones no puede huir delante del peligro, de ciertos peligros, cuando posee otros medios de conjurarlos. Para un hombre de ciertas condiciones habia necesidad racional de repeler la injuria con la fuerza, cuando era poseedor de un arma, y esa injuria se le lanzaba en público. Si de otro modo obrase, el mundo no admiraria su longanimidad, sino se reiria de su vilipendio. La necesidad racional le compelia á él, allí mismo donde no pudiera señalarse necesidad absoluta. Esto se comprende perfectamente.

19. Pues el propio resultado que esas palabras del artículo tienen en el orígen de la accion, tienen tambien en su progreso, en su extension, en su alcance. Nos hemos defendido de un agresor, y defendiéndonos, le hemos muerto. Si la ley usara la expresion de «necesidad absoluta,» quizá pudiera preguntársenos si habíamos tenido tal precision de matarle, y si no habríamos llegado al mismo objeto hiriéndole tan sólo. A todo se prestaria, para todo daria ocasion ó lugar el rigorismo de aquella palabra. La usada, por el contrario, subordinando todas estas cuestiones á lo que nos inspiran la prudencia y el buen sentido, reconoce las condiciones verdaderas de nuestro ser, estima en lo que valen los hábitos de la sociedad, y toma en consideracion nuestras debilidades, nuestras preocupaciones, nuestra impotencia misma. No es racional pedir á un hombre acometido tal serenidad y tal dominio sobre sus acciones, que deje de dirigir su espada contra el pecho del que le acomete, para dirigirla solo contra su brazo. Tal perfeccion y tal maestría en el arte de la defensa, pueden desearse, pero no racionalmente exigirse. Por el contrario, es racional pedirla á quien derribó de un golpe á su enemigo, á quien le hizo saltar ó le rompió su arma; es racional, decimos, el exigirle que se contenga y pare en su propósito. Ya ha cesado la agresion, ya ha terminado la tentativa; ya debe cesar la obra de la defensa. El buen sentido que hasta allí autoriza los golpes mortales, ya no los autoriza de ningun género.

20. Mientras más se reflexiona, pues, más se aplaude la expresion consagrada por la ley. *Necesidad racional*, con su mezcla de vaguedad y de fijeza, es una palabra que satisface á todas las condiciones apete-

cibles. Consigna, como era su obligacion, el principio, y encomienda al prudencial arbitrio de los tribunales lo que solo ellos pueden oportunamente calificar.

21. Vengamos, por último, á la tercera condicion. El artículo la define con los siguientes términos: falta de *suficiente provocacion* por parte del que se defiende.

22. En efecto: si yo he provocado con mis actos ó con mis palabras la agresion de otro, por más que esa agresion sea ilegítima, siempre ha sido motivada por mí, y nunca puede ser legítima mi accion para contrarestarla y defenderme de ella. Yo soy la primera causa de todo: yo no soy inculpable: mi defensa tiene un principio manchado y bastardo.

23. No es decir esto, que en semejantes circunstancias esté yo privado de defenderme: no es decir que, haciéndolo, cometa un crimen, como el que cometeria caso de no haber agresion que rechazar. Cuando mi provocacion fué suficiente para justificar ó excusar esa agresion de que puedo ser víctima, la misma agresion podrá servirme á mí para excusar y atenuar por mi parte los actos con que la repela. Mas en este artículo no hablamos de excusas ni atenuaciones. Hablamos de lo que exime enteramente de responsabilidad: hablamos de lo que impide que haya delito: hablamos del derecho de defensa, que justifica al que lo pone por obra. Pues bien: la ley dice, y dice bien, que el que ha provocado suficientemente la agresion de otro, no está exento de responsabilidad, si defendiéndose, le daña. No puede reconocer aquel derecho, íntegro, justificante, en quien ha traido con su conducta una agresion más ó ménos legítima, pero siempre motivada. Falta la inocencia primitiva, condicion esencial al derecho que examinamos; fáltale su candor; fáltanle su fuerza y su autoridad.

24. Ahora, que sea lo que entendamos, que sea lo que la ley entienda por *provocacion suficiente,* es el único punto que puede ofrecer dificultad en la disposicion que nos ocupa.

25. Desde luego, provocacion suficiente no quiere decir cualquier género de provocacion. Si tal hubiera sido el ánimo del artículo, habria usado el nombre sustantivo solo, y no le habria calificado con un adjetivo por lo ménos inútil. Demás de esto, *suficiente,* es una palabra de valor real y de significacion importante. Suficiente es lo contrario de insuficiente. Si las provocaciones suficientes extinguen en el que las hace el derecho de defensa, claro es que las provocaciones insuficientes no lo extinguen. Puede subsistir ese derecho, áun despues de haber provocado á otros, siempre que no se haya tocado á cierto término; mientras no se llegue á la suficiencia de la provocacion.

26. Pero ¿la suficiencia de qué? ¿la suficiencia para qué?

27. Si la letra de la ley no lo dice, su espíritu es claro, sin embargo, y no nos deja la menor duda. La provocacion suficiente no puede ser otra, que la que extinga ó atenúe la culpabilidad de la agresion. En

tanto que nuestras provocaciones fueron tan leves, que si se hubiesen dejado arrebatar por ellas los que las sufrian, no habrian tenido excusa en sus arrebatos: en tanto, decimos, que permanecen las cosas en tal terreno, nuestro derecho de defensa subsiste tambien contra los que, exagerando el alcance de tal motivo, quieran hacernos objeto de sus agresiones. Nuestra inocencia no ha perdido sensiblemente nada, pues los contrarios son aún plenamente responsables, sin atenuacion ninguna, de las malas obras, de las agresiones ilegítimas que en su cólera y en su ceguedad dirijan contra nosotros.

28. Mas nuestras provocaciones han sido mayores. Nuestras provocaciones, determinando la agresion, no la eximen de responsabilidad, pero atenúan considerablemente la que se puede exigir á sus causantes. El tribunal, órgano de la conciencia pública, se veria obligado á reconocerlo así, en virtud de los *números* 4.° y 5.° del art. 9.° Pues bien: en ese caso, la provocacion ha sido *suficiente* para determinar la agresion, pues la ley excusa, es decir, atenúa esta consideracion de la primera. En ese caso es, del mismo modo, en el que no puede reconocer el derecho de defensa como una salvacion del que provocó. Todo es aquí correlativo. Si nuestra provocacion atenúa la agresion contraria, por lo mismo destruye la integridad de nuestro ulterior derecho. Si en nada aminorase el mal de aquella, en nada tampoco nos perjudicaria. Si completamente la justificase, entónces la agresion no sería ilegítima, y faltaria de este modo el primer fundamento que nos ha exigido la ley.

29. Tenemos, pues, aquí algo semejante á lo que hemos visto en la segunda condicion, y con el epíteto racional. Tambien en la aplicacion de esta tercera queda una gran latitud á la conciencia humana y al arbitrio de los tribunales. Mas eso, es el resultado necesario de nuestro ser moral, de nuestra inteligencia soberana, de nuestras acciones libres y meritorias. Todo no puede ser previsto ni fijado por la ley. Si se empeñara en fijarlo y en preverlo todo, serian infinitos los errores que cometiera. Bastante es que dé reglas, que establezca principios, y que deje al buen sentido y á la razon el aplicarlos á los casos. Esa ligera arbitrariedad, que se vé obligada á reconocer, lejos de ser una injusticia, es, por el contrario, la garantía más segura de la justicia.

II.

30. No debemos poner término al Comentario de este artículo, sin tratar de resolver algunas dudas que pueden ocurrir en su aplicacion. Lo harémos con toda la brevedad posible.

31. Es de advertir, ante todo, que la ley no ha limitado el derecho de defensa á los casos en que se intenta dañar nuestra persona, sino que ha comprendido tambien, cuando se quiera perjudicar nuestro *derecho*. Ahora bien: esta palabra es muy lata, y en su extension comprende multitud de cosas, unas más, otras ménos importantes. En nues-

tro *derecho* se designan los bienes más preciosos y los ménos preciosos que poseamos: los fueros más respetables del decoro y de la honra, y las más fútiles prerogativas de convencional distincion. Todo entra en nuestro *derecho*, porque todos son *derechos* que nos pertenecen ó nos asisten.—Pero si esto es así, si todos ellos nos dan esa aptitud para la defensa, ¿ha hecho bien la ley en conceder á ésta tamaña extension? ¿Ha hecho bien, ha obrado con justicia eximiéndonos de pena, cuando cometemos una accion grave, para defender uno de esos derechos de poca importancia?

32. Que un hombre se liberte de responsabilidad por hechos sangrientos, cometidos defendiéndose, cuando era una cosa de alto precio la que tenia que defender; que no le sean á cargo cuando se trataba de su vida, de su honra, de considerables y cuantiosos bienes, es una necesidad á que nos sometemos fácilmente, y contra cuyo ejercicio nada opone la conciencia humana. Mas que un derecho fútil—pues ya hemos visto que los hay,— un derecho convencional, un derecho que solo debemos á circunstancias pasajeras, nos autoricen para esas graves repulsiones en que se compromete tal vez la vida de una persona, quedando despues sin culpabilidad por semejante hecho; esto puede parecer duro á primera vista, y ofrecer dificultades contra la absoluta generalidad que campea en el artículo.

33. Sin embargo, á los que tales escrúpulos ocurrieren, rogamos que no se paren en la primera línea ó en el primer párrafo del *número*, sino que lo examinen todo y tengan presente la universalidad de su contexto. La defensa de un derecho, cualquiera que sea, es ciertamente la base de la exencion de responsabilidad que en él se pronuncia; pero los párrafos siguientes, pero las condiciones que en ellos se expresan, vienen á completar la justificacion de los actos cuestionables. No basta decir que los hemos empleado para realizar la primera: es forzoso que, en primer lugar, los haya traido una verdadera, ilegítima agresion que contra nosotros se emplee; y en segundo, que esa agresion no haya podido repelerse ó impedirse sino con los medios, ó por los medios empleados. Estas dos consideraciones extinguen aquel escrúpulo. Supóngase la causa más fútil: búsquese á placer el derecho ménos apreciable, para hacerlo motivo de una contienda. Será verdad, y nosotros confesarémos los primeros, que semejante derecho no merecia producir una cuestion; pero existió el debate: de éste se pasó á la agresion: venida ella, la repulsa fué natural y precisa. Con tal que ésta se dirija y limite de la suerte que hemos indicado en los párrafos anteriores, en todo el Comentario que estamos concluyendo, su accion es respetable, sus obras no se pueden condenar. La dificultad queda explicada, y salvado el escrúpulo.

34. Otra y otro pueden ocurrir aún, y cuyo orígen sea distinto de los precedentes. La palabra *legítima* que califica la de *agresion*, puede dar lugar á ellos.

35. Supongamos que una autoridad abusa de su poder, y que comete con un ciudadano verdaderos atentados. Salta sobre las leyes, huella las garantías, se precipita, en fin, por ese deplorable sendero.—¿Hay aquí, puede haber aquí la agresion de que habla el párrafo ó número que examinamos, y sería, por consecuencia, justificable el acto defensivo que contra ella se empleara?

36. A nosotros no se nos habria ocurrido nunca semejante caso. Jamás nos vendria á la imaginacion que autorizase la ley vías de hecho, para contrastar los preceptos ó las acciones de los que gobiernan, de los que administran, de los que ejercen el poder público; pero lo hemos visto imaginado y propuesto en una obra digna de aprecio y consideracion, y no queremos dejarlo de resolver segun nuestros principios.

37. Decimos, pues, que de semejante caso, ni habla ni puede hablar la ley. Decimos que ésta no puede prever actos de resistencia al poder público, sino para condenarlos y penarlos. Decimos que esa es una condicion de la sociedad, que, si faltase, daria con ésta en un abismo sin límites.

38. Pero decimos más todavía. La defensa contra el poder no sería nunca legítima y aceptable, porque no puede ser nunca necesaria. Demos por sentado que hubiese la agresion que señala el artículo: nunca, empero, podria haber la necesidad racional de esos actos materiales para impedirla ó remediarla. La segunda condicion ha de faltar siempre en semejantes casos. No es posible tal necesidad.

39. Y la razon de esto es evidente. Contra esos actos de las autoridades, la ley tiene establecidos sus medios. Sobre esas autoridades existen otras, para enmendar y reformar sus fallos. Y si se trata de autoridades supremas, de sentencias contra las cuales no haya apelacion, es necesario tener presente que en la esfera legal, esas autoridades son infalibles; esas sentencias *pro evitate habentur*.

40. Tenemos, pues, razon para rechazar, bajo todos los aspectos, el caso de agresion judicicial, ó de agresion gubernativa, que se propone. No entra él, á todas luces, en la esfera que ha querido trazar la ley en este artículo. No podria nunca entrar, aunque el espíritu necesario del Código no le repeliese. No debe él detenernos un momento, ni ofrecernos una sola sombra de duda, en la materia que examinamos. La ley habla aquí de cuestiones entre particulares; y en ellas es en las que admite un derecho precioso, bajo las condiciones que hemos declarado suficientemente más arriba.

Artículo 8.º (Continuacion.)

«5.º El que obra en defensa de la persona y derechos de sus ascendientes, descendientes, cónyuge ó hermanos, de los afines en los mismos grados, y de sus consanguíneos hasta el cuarto

civil, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que en caso de haber precedido provocacion de parte del acometido, no tuviese participacion en ella el defensor.

»6.° El que obra en defensa de la persona ó derechos de un extraño, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el *número* 4.°, y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo.

»7.° . . . .

CONCORDANCIAS.

Nov. Recop.—*L.* 1, *tit.* 21, *lib. XII. Todo hombre que matare á otro á sabiendas, que muera por ello..... salvo si lo matare acorriendo á su señor, que lo vea matar, ó á padre, ó á hijo, ó á abuelo, ó á hermano, ó á otro hombre que debe vengar por linaje; ó si lo matare en otra manera que pueda mostrar que lo mató con derecho.* (Ley 1, tít. 17, libro IV del Fuero Real.)

Cód. franc.—Véase la Concordancia con el *número* anterior. *Artículos* 328 y 329.

Cód. aust.—Idem. *Art.* 127.

Cód. brasil.—Idem. *Art.* 14, *núm.* 3.°

4.° *Cuando haya sido cometido* (el crímen) *en defensa de un tercero.*

Para que en este caso sea justificable el crímen deberán concurrir en favor del delincuente estas circunstancias: 1.ª, *realidad del mal que se propone evitar;* 2.ª, *que sea mayor, ó por lo ménos igual al que él ha causado;* 3.ª, *falta absoluta de otro medio ménos perjudicial;* 4.ª, *eficacia probable del que se ha empleado.*

Se reputará hecho en propia defensa, ó en la de un tercero, el mal causado, rechazando á los que de noche hayan entrado ó intenten entrar en la casa donde alguno vive ó se encuentra, ó en los edificios ó dependencias de ella, salvo en los casos autorizados por la ley.

Cód. esp. de 1822.—Véase la Concordancia con el *número* anterior. *Artículo* 621.

COMENTARIO.

1. El instinto de la propia conservacion, el sentimiento de la personalidad, obligan al hombre á defenderse á sí propio y á sus derechos: el amor de la familia le arrastra á defender á sus parientes: la generosidad, el amor de lo justo, la sublevacion natural contra la opresion que el fuerte ejercita en el débil, le impelen á su vez á defender á los extraños. Si la ley no puede ménos de respetar las primeras causas, tambien debe complacerse en las segundas, y fomentar y estimular las terceras. De aquí la extension de este derecho de defensa en que nos ocupamos: de aquí las prescripciones de estos dos *números*, seguidamente á las del anterior.

2. Las diferencias que los separan, esa diversidad de condiciones que en ellas se habrán notado, son las consecuencias naturales de los diversos orígenes que en cada caso producen el derecho. Algo ha de haber en todos de comun, porque en algo han de concordar para ser legítimas todas las defensas ó repulsiones individuales; más algo, ya lo decimos, ha de ser en cada uno de sus géneros diferente, como que es diferente en cada cual la situacion de los individuos, á quienes se reconoce ó se niega el derecho de repeler á otros.

3. Han de ser comunes las dos primeras circunstancias señaladas en el *número* anterior, las cuales se repiten con mucha razon en estos otros *números*. Es decir, que la agresion ha de ser ilegítima en sí, y que ha de haber necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla. Cuando la agresion es legítima, nadie tiene el derecho de contrarestarla. Cuando hay otros medios racionales de evitar ó de eludir su accion, nadie le tiene para acudir á los que de suyo y por regla general son punibles.

4. Mas aquí acaba la igualdad en los tres casos, y comienza para cada uno lo que le es respectivo. En el caso de la defensa propia hemos visto como tercera condicion, que el acometido no provocara suficientemente la agresion que cae sobre él. Regla juiciosa y oportuna, que hemos explicado y justificado respecto á aquel *número*, mas que no tendria sentido, ni significaria nada, aplicándola solo á los presentes. Tratamos aquí de la defensa hecha por quien no era víctima de la agresion. En este caso no se concibe, ó no debe ser comun, que la provocacion viniese de este tercero.

5. Sin embargo, aunque no fuera de él, ó solamente de él, la ley ha juzgado que podia tener en la misma alguna parte, sobre todo, siendo pariente del acometido. Los lazos y relaciones de familia hacian presumible, factible siquiera, esta posibilidad; y siendo así, convenia consignar una condicion, que fuese en este caso armónica ó concordante con la última del anterior *número*.

6. ¿No podrá suceder lo mismo, respecto á un extraño, ó sea en el caso del *número* 6.°?—A nuestro juicio nada es más fácil. La provocacion

puede venir de dos personas, como la ley reconoce en el *número* 5.º, y no hay ninguna dificultad—no digamos imposibilidad—en que esas dos personas sean extrañas entre sí, y sin el menor vínculo de parentesco. Lo mismo pueden unirse para el propósito de provocar, los que son, que los que no son parientes. Esto es notorio.

7. Pero no se vaya á deducir de ahí un descuido ú olvido de la ley. Si en la defensa hecha ó intentada á favor de un extraño, no pregunta ni inquiere el artículo acerca de la concurrencia del defensor para provocar al que acomete, es porque pregunta é inquiere mucho más, porque exige en este caso más extensas condiciones, en las cuales aquella otra se encuentra naturalmente comprendida. La ley quiere que el defensor no sea impulsado por resentimiento, venganza ú otro motivo ilegítimo. Ahora bien: si hubo provocacion, ó concurrencia á la provocacion, de su parte, de seguro algun motivo ilegítimo le conduce.

8. Por lo demás, estos dos *números*, que hemos reunido, no dan lugar ni á dudas ni á observaciones notables. La palabra *motivo ilegítimo*, única que tiene alguna vaguedad entre sus frases, no podia racionalmente adquirir mayor precision, y era forzoso dejarla en su indispensable latitud. Sin embargo, en ningun caso particular puede dudarse acerca de la legitimidad ó ilegitimidad de los motivos que conduzcan á los que han emprendido una defensa. Cuanto nace de pasiones benevolentes y de afectos generosos, otro tanto es digno de estima y alabanza, otro tanto es legítimo y merecedor de completo asentimiento. Cuanto nace de pasiones malévolas, de afectos de enemistad, de ódio, de rencor, otro tanto es ilegítimo, y vicia el carácter de la defensa misma. Este último llevará á dañar por dañar; lo primero solo llevará á dañar por defender.

9. ¿Qué diremos si los motivos fuesen interesados, si se obrase con el fin de obtener una recompesa? El caso es posible de suyo, y no está comprendido ni en los buenos ni en los malos del párrafo precedente.

10. Desde luego, se extinguiria el mérito que hemos atribuido á la generosidad. Quien obtiene de ese modo el pago de sus obras, no puede aspirar á la vez á conseguir otro más elevado pago. El dinero y el honor son aquí circunstancias inconciliables; y quien ha corrido tras la una, debe despedirse de la otra.—Pero eso no es todo, ni áun es lo principal que se pregunta. Lo que se inquiere es si semejante defensa exime de responsabilidad, ó si es un motivo ilegítimo ese motivo de que hemos hablado. Verdaderamente, motivo ilegítimo no lo es. Ni la ley ni la razon pueden considerarlo tal. No es heróico, no es distinguido, no es brillante; pero no es condenable, no es criminal, no es malo. La ley no puede ceñirle una corona; pero tampoco puede imponerle una marca. Ahora bien: como ella no pide que el motivo *sea* digno y bello, sino que *no sea* ilegítimo, malo, no se puede decir que se ha caido en el caso en que reprueba y condena los hechos de los defensores. Su condicion, rigorosamente hablando, está cumplida.

Artículo 8.° (Continuacion).

«7.° El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad agena; siempre que concurran las circunstancias siguientes:

»Primera. Realidad del mal que se trata de evitar.

»Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

»Tercera. Que no haya otro medio prcticable, y ménos perjudicial, para impedirlo.

»8.° . . . .

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 12, tít. 15, P. VII.—Aciéndese* (enciéndese) *fuego á las vegadas en las cibdades, o en las villas, o en los otros lugares, de manera que se apodera atanto en aquella casa que comienza a arder, que lo non pueden amatar, a menos de destruir las casas que son cerca de ella: et por ende decimos que si alguno derribase la casa de otro su vecino que estuviese entre aquella que ardiese et la suya, que non cae por ende en pena, nin est tenudo de facer enmienda de tal daño como este. Et esto es porque aquel que derriba la casa por tal razon como esta, non face pro a sí tan solamente, mas a toda la cibdad o villa; ca podrie seer que si el fuego non fuese assí destajado, que se apoderarie tanto que quemarie toda la villa o grant partida della; onde pues que a buena entencion lo face, non deve por ende recibir pena.*

COMENTARIO.

1. Segun los números anteriores, tenemos derecho para defendernos, para defender nuestra propiedad, para defender á otros, y por último, para defender sus propiedades, contra las personas que nos acometan ó las acometan ilegítimamente. Segun el número que acabamos de trascribir, ese mismo derecho, y si no el mismo, un derecho semejante, nos asiste tambien contra las propiedades que pueden sernos, ó pueden ser á otras de más importancia, motivo y orígenes de daño. A la manera que con justa causa, precediendo las condiciones que dejamos vistas, nos era permitido herir, rechazar, suprimir á una persona que no nos dejaba otro racional recurso de salvacion, de la propia suerte podemos tambien con condiciones análogas ó semejantes, sacrificar esa propiedad, esos bienes agenos, cuya conservacion va á produ-

cir tan fatales y desastrosas consecuencias. El principio del derecho es el mismo, aunque difieran, como no podia ménos de ser, las circunstancias de uno y otro caso.

2. Vamos embarcados, por ejemplo. El buque lleva una carga superior á su resistencia actual, porque ha recibido averías en el curso de la navegacion. No bastan las bombas para aligerarle y hacerle adelantar. El peligro es inminente, sin que haya otro modo de conjurarlo que el disminuir de cualquier modo la carga. Pues bien: nosotros nos dirigimos á ésta, que es propiedad agena, nos apoderamos de una parte, ó de todo lo que la forma, y lo lanzamos en el mar. Hemos causado un daño en los bienes de otro; y sin embargo, este artículo, de acuerdo con la razon, nos declara absoluta y completamente irresponsables.

3. Se ha pegado fuego á un bosque que linda con nuestras heredades, á una casa que está cerca de nuestra casa. No tenemos medio de apagar el fuego, que se extiende, que amenaza invadir nuestra propiedad. El único recurso es talar los árboles del vecino, echar por tierra la casa intermedia. Lo hacemos. Dañamos sin duda á otros en sus bienes, y les causamos un mal, que en otra circunstancia constituiria por nuestra parte un delito. Aquí, sin embargo, no lo es, y no tenemos por ello culpabilidad alguna. Exímenos la ley, como nos habia eximido la razon. La defensa de lo nuestro nos ha guiado, ó bien la defensa de lo del mayor número, la defensa de la sociedad, la defensa de los legítimos y respetables intereses.

4. Mas el ejercicio de esta defensa—ya lo hemos indicado, y no puede ménos de ocurrir á todo buen sentido,—el ejercicio de esta defensa ha de estar necesariamente sujeto á racionales condiciones. No es la propiedad más estimable que la vida misma; y áun para obrar en amparo de esta segunda, háse visto ya que la ley nos demandaba una completa justificacion de nuestros actos.

5. De la misma suerte, pues, que en los números anteriores, necesítase en el caso del presente: primero, la *realidad del mal* que se trate de evitar; segundo, que sea *mayor que el causado* por evitarlo; tercero, en fin, que *no haya otro medio* practicable y ménos perjudicial para impedirlo.—He aquí las tres condiciones que responden á las otras tres de cada uno de los *números* precedentes. Sin ellas, el delito permanece y no se extingue; la responsabilidad vive y dura.

6. *Realidad del mal.* No basta, por consiguiente, que el mal sea posible; no basta que se le vea lejano: es menester que exista, es menester que nos amague, próximo, inminente. Aunque haya comenzado la tormenta, no es permitido arrojar el cargamento al agua, en tanto que el buque se conserva bien, que obedece á la maniobra, que el agua no lo inunda incesante é irresistible. La necesidad, que es la ley y la absolucion de tales casos, no ha presentado todavía su tremendo aspecto: la razon no puede invocarla como un hecho reconocido é inconcuso.

7. Otro tanto dirémos en el segundo ejemplo de que nos valíamos ántes. Vamos á tomar medidas contra un incendio que se nos dice haber estallado en un lugar próximo; pero ¿es verdad que ha estallado efectivamente? ¿No se nos engaña? ¿No hay en ello ninguna ilusion? ¿No es solamente alguna gran candela cuyo resplandor nos ha hecho concebir un temor imaginario? ¿No existe un rio, un gran camino, un obstáculo cualquiera, que es infranqueable, entre el punto que se incendia y el que queremos resguardar ó defender?

8. La ley tiene razon. Para dejarnos llevar á esos duros recursos de una manera justificada y aceptable, es necesario que la realidad del mal, esto es, la insistencia ó la inminencia del peligro, sean puntos que no admitan la menor duda. Afortunadamente, esa cuestion es de puro hecho, y cabe en ella una evidencia completa.

9. No sucede lo mismo con las otras dos circunstancias que demanda la ley. Estas pueden dar lugar, estas han de dar lugar ordinariamente á mayores dudas; y sin embargo, la ley no puede ménos de demandarlas, porque no cabe el que la razon prescinda de ellas para resolver tan delicadas cuestiones.—La razon no puede encontrar justo que se cause un mal de gran tamaño para impedir otro que sea menor; la razon no puede permitir que se acuda á esos aventurados remedios, en tanto que existan otros posibles, ménos aventurados, ménos perjudiciales. En el primer caso falta la utilidad; en el segundo, la necesidad de lo que como recurso se intenta. En uno y en otro es ilegítimo, y no exime de responder de la obra.

10. Serán, pues, cuestiones difíciles estas, cuando por acaso lleguen á presentarse. Los tribunales tendrán que pesar muy prudencialmente todas las circunstancias que hubieren concurrido al hecho, para decidir sobre su responsabilidad. Por fortuna, el debate no se entablará en ningun caso entre la inculpabilidad y la culpabilidad absolutas: declarando el artículo siguiente que hay circunstancias de atenuacion siempre que no concurren ó no aparecen íntegras las que lo son aquí de justificacion completa, restringe sin duda la esfera de tales cuestiones, y hace ménos peligrosa la solucion que es necesario darlas. Sin aquel correctivo, ese peligro sería mucho mayor, y la arbitrariedad de los jueces verdaderamente inmensa.

11. Otra cosa contribuye tambien á hacer ménos temibles estas dificultades. La mayor parte de los casos en que tiene aplicacion la doctrina de este número, los casos de incendios, de inundaciones, de contagios, de calamidades públicas, no son casos, por lo comun, en que los particulares se encuentren abandonados á sí mismos. La autoridad pública acude inmediatamente, y ella es la que, encargada de la defensa social por la investidura de sus atribuciones, resuelve de un modo omnímodo lo que tal defensa hiciere necesario. La accion particular se extingue, y es de ordinario nula en tales conflictos: ó si se ha adelantado á algo, cesa muy luego por la aparicion de aquella otra. Pues bien:

este artículo no habla, ni puede hablar, no sirve, ni puede servir, para promover acusaciones contra la autoridad pública. Este artículo habla sólo de hechos particulares. Aquellos otros, los que autoritativamente se ejercen, no pueden ser mirados como los de meros individuos. La presuncion está siempre por ellos; y áun en el caso de que produzcan responsabilidad, siempre habrán de ser juzgados por las leyes especiales que regulan ésta, y no como crímenes de individuos, que son los delitos comunes, y de los que tratamos ahora.

Artículo 8.° (Continuacion.)

«3.° El que en ocasion de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin la menor culpa ni intencion de causarlo.

»9.° . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. repetit. prael.— *Lib. IX, tít. 16, l. 5.—Eum qui adseverat homicidium, se non voluntate, sed casu fortuito fecisse, cum calcis ictu mortis occassio praebita videatur: si hoc ita est, neque super hoc ambigi poterit: omni metu ac suspicione quam ex admissae rei discrimine sustinet, secundum id quod adnotatione nostra comprehensum est, volumus liberari.*

Partidas.—*L, 4, tít. 8, P. VII.—Desaventura muy grande contesce a las vegadas e omes hi ha que matan a otros por ocasion, non lo queriendo facer: et esto podrie acaescer como si algunt ome corriese caballo en lugar que fuese acostumbrado para correrlos, et atravesase por aquella calle o carrera algunt ome, et topase el caballo con él et lo matase..... ca en cualquier destas maneras sobredichas o en otra semejante dellas, que matase un ome a otro por ocasion, non lo queriendo facer, non cae por ende en pena ninguna. Pero el que matase a otro en alguna destas maneras sobredichas, debe jurar que la muerte acaesció por ocasion et por desaventura, et que non avino por su grado. Et aun, demas desto, debe probar con omes buenos que non habie enemistat contra aquel que assí mató por ocasion: et si por aventura non lo pudiese probar o non quisiese jurar, assí como es sobredicho, sospecha podrie seer contra el que lo ficiera maliciasamente: et*

por ende el judgador del lugar le debe dar pena segunt su alvedrio qual entendiere que meresce.

L. 5, tít. 8, P. VII.—Ocasiones acaescen a las vegadas de que nascen muertes de homes, de que son en culpa, et merescen pena por ende, aquellos por quien avienen, porque non pusieron hi tan grant guarda como debieran, o ficieron cosas enante porque avino la ocasion: et esto serie como si algunt ome cortase arbol o labrase en algun lugar casa o torre, que estuviese sobre la carrera o sobre la cal pública por do usasen los homes a pasar, et non apercibiese a los que pasasen por hi en tiempo nin en manera que se pudiesen guardar, et cayese el arbol o alguna cosa de aquella labor que ficiese, et matase algun ome..... ca por tales ocasiones como estas o por otras semejantes de ellas que aviniesen por culpa de aquellos que las ficiesen, deben ser desterrados..... porque fueron en culpa, non poniendo ante que acaesciese aquella guarda que pudieron poner.

Fuero Juzgo.—*L. 1, tít. 5, lib. VII.—Quien mata a otro omne, sin su grado, nol conosciendo, e ninguna malquerencia non avie contra él, non debe prender muerte, seguntdo que dice nuestro sennor; que nos es derecho que aquel sea penado por el omicidio que non lo fizo por su grado.*

L. 2, idem.—Si algun omne mata á otro, no lo viendo, ni lo sabiendo, si ante non habia ninguna enemistat con él, e no lo mata de su grado, y esto pudiere mostrar antel iuez, debe ser quito.

L. 3, idem.—Quien mata otro omne por ocasion, ó por empuxamiento dotro, ó por caer sobre él por ocasion, non debe aver damno nin pena por el omicidio.

L. 7, idem.—Si algun omne, por poco seso, o trebeiando, alanzó piedra o alguna cosa o estaban muchos omnes aiuntados e feriere algun omne o lo matare..... non sea tenudo del omicilio dar..... ca non lo mató por su grado; mas porque lo firió locamientre e non se guardó de ocasion, peche.....

Fuero Real.—*Lib. IV, tít. 17, l. 1.—Todo ome que matare a otro, a sabiendas, muera por ello, salvo si..... lo matare por ocasion no queriendo matarlo, ni aviendo malquerencia con él de ante....*

L. 5, idem.—Si algun ome cayere de pared, o de otro lugar, o si le otro empuxare, e cayere otri, e matare aquel sobre quien cayere, no haya pena ni daño ninguno.....

L. 7, idem.—Si algun ome, no por razon de mal facer, mas jugando, remetiere su caballo en rua o en calle poblada..... e por ocasion matare algun ome, peche el omecillo, e no haga otra pena; ca maguera que no lo quiso

matar, no puede ser sin culpa, porque fué trabajar en lugar de no debia.....

Nov. Recop.—*Lib. XII, tít.* 21, *l.* 1.ª—Es la 1.ª, tít. 17, lib. IV del Fuero Real.

Cód. aust.—*Art* 2.º *Ninguna accion ú omision constituye delito:*

. . . .

3.º *Cuando el mal proviene de un caso fortuito, de una negligencia, ó de no saber las consecuencias de la accion.*

Cód. brasil.—*Art.* 1.º *Tampoco serán considerados como criminales:*

. . . .

4.º *Los que accidentalmente cometan algun crímen en el ejercicio ó práctica de algun acto lícito, ejecutado con la atencion ordinaria.*

COMENTARIO.

1. Lo que sucede por acaso, no sucede con intencion, no es obra de la voluntad. Así, desde las definiciones del artículo 1.º, eso que por acaso, que fortuitamente ocurre, no puede entrar en la idéa del delito. El delito es una accion voluntaria, hija de la libertad, de la inteligencia y de la intencion.

2. Mas al desenvolver en este *número* la ley ese principio que desde su primer línea habia indicado, entra en algunas explicaciones muy justas, muy recomendadas por la razon, muy aceptables á nuestra conciencia. No exime meramente de responsabilidad los males causados por acaso: dice que se hallan solo en esa circunstancia los que *(a)* ocurren en el acto de ejecutar alguna obra lícita,—emprendida *(b)* con la debida diligencia,—y que causan un mal *(c)* por puro accidente, sin que haya la menor culpa ni intencion de causarlo.

3. Como se ve, la ley ha rodeado de precauciones, y de justas precauciones, su disposicion.

4. Primeramente, ha puesto como base *(a)* que la accion que se pensaba cometer habia de contarse entre las lícitas. Ha querido y ha dispuesto que, cuando se emprende una criminal, no sea causa que justifique la del *acaso*, aun suponiendo que lo hubiera en lo que resultó. La

inocencia absoluta de lo intentado, es una precisa condicion, segun ella, para justificar lo sucedido.

5. Y ciertamente tiene razon la ley. El que estaba cometiendo un robo, y hacía uso de su escopeta para cometerle, no puede invocar para su justificacion el *acaso*, si, contra su designio, hirió ó mató á la persona que robaba ó queria robar. Todo lo que podrá haber en su defensa, respectivamente á la herida, serán circunstancias atenuantes, pero no exencion de responsabilidad completa, cual la que declara este artículo. Lo mismo decimos del que corria un caballo donde estaba prohibido que se corriese; lo mismo, en fin, de cuantos casos pueden ocurrir de este género. Si en ellos no habia intencion de verificar lo que se verificara, habia empero una intencion ilícita, y se marchaba por el camino del crímen, del peligro, y de la desobediencia á la ley. No se puede rectamente pretender la absolucion de lo que era solo un paso más en la via por donde se andaba. Quien de su voluntad se acerca á males notorios, no se queje si perece en ellos.

6. Dice despues la ley, como segunda condicion para esta irresponsabilidad *(b)*, que la obra lícita de que acaba de hablarse, ha de haber sido intentada con la debida inteligencia. Quiere decir en esto que cuando ella es por su naturaleza peligrosa, cuando por acaso ó accidente puede producir malos resultados, no se la debe emprender sin haber tomado ántes las precauciones usuales y necesarias, á fin de que no los produzca. El que va á descargar una escopeta, porque necesita limpiarla, no lo debe hacer sin mirar ántes hácia el lugar á donde debe dirigir el tiro. El que va á manejar las armas con otro, no lo debe empezar sin asegurarse ántes de que los botones están fijos en el florete. El que va á correr un caballo, por gusto, debe considerar si en el espacio que se propone por carrera, hay ó puede haber personas á quienes se atropelle.—El que juega con una pistola debe asegurarse primero de si está cargada.—Estos preceptos que inspira la razon, estas precauciones racionales que toman los hombres prudentes, es á lo que la ley llama debida inteligencia; y claro está que tiene motivo para pedirla; como que en otro caso se ha procedido á lo ménos con una inteligencia vituperable. Para ello se le ha dado al hombre la inteligencia y la imprevision; ese es el discernimiento de que hemos hablado en los anteriores *números*. Nosotros sabemos que un tiro puede matar, que un florete puede herir, que un caballo á escape puede atropellar cuanto se le presente en su carrerra. Pues bien: cuando vamos á ejecutar tales acciones, de suyo peligrosas, es menester que no las ajustemos como si fueran de todo punto inofensivas. Por eso requiere la ley el debido esmero, ó sean las precauciones racionales: por eso, á quien no lo ha tomado, deniega el intento de justificacion. Su culpa podrá ser más ó ménos excusable, pero siempre habrá culpa, nunca podrá declararse su absoluta y omnímoda irresponsabilidad. Ni su conciencia ni la ley darán á tal hombre por inocente.

7. La tercera idéa *(c)* que expresa nuestra fórmula legal, es la de que el hecho suceda plenamente por acaso. Emprendida una accion lícita y con las precauciones oportunas, todavía en el curso de ella puede ser voluntaria la obra del mal. Aquel principio de inocencia y de cuidado con que se comenzó, es necesario que se lleve hasta el fin, y que no se tuerza en el curso del hecho, cuando éste no es intantáneo, sino sucesivo. Por eso se añade, como complemento de esta doctrina, que no sólo no ha de haber intencion, pero ni culpa siquiera en el que produce la desgracia. Esa diligencia debida, de que hablábamos ántes, y que ha de preceder á la accion, no ha de faltar ni siquiera un momento. La culpa, esto es, la negligencia que sobreviniere, viciaria é impediria la justificacion, como la que hubiera precedido á la obra.

8. Es esta la primera vez que encontramos usada en nuestro Código la palabra *culpa*, y debe ocurrir la dificultad de si tiene en él alguna significacion especial y técnica. Puede recordarse que la tuvo en el de 1822, donde se habia expresamente definido en su art. 2.°, y donde muy frecuentemente se empleaba. Aquí, volvemos á repetir, no la hemos encontrado hasta ahora, aunque sí hemos encontrado la de *culpable*, y es menester fijarnos de una vez en lo que exprese, para evitar todo motivo de duda. Dirémos, pues, que esa palabra no tiene en nuestra ley otro significado que el que lleva generalmente en todas las obras de derecho desde la legislacion romana. *Culpa* jurídicamente es negligencia, ni ménos, ni más. *Culpa* y *culpable* se toman por lo comun en más graves sentidos, y no siguen la índole y alcance del sustantivo que los engendra. Pero aquel *culpa*, expresa sólo lo que acaba de referirse. Los autores de derecho romano la habian dividido en lata, leve, y levísima: nuestra ley, cuando se sirve de ella, indica sólo el término medio de esos tres. *Culpa* es para nosotros la *culpa leve* de las aulas: la que se opone á la diligencia racional y comun, la que contradice á ese cuidado ordinario y prudente, que es la regla de la humanidad. De esa es de la que se habla en este artículo; por eso sigue y concuerda con la otra expresion *diligencia debida*. Cuando no se observa ésta, entónces es cuando se cae en la *culpa*.

9. Todavía puede ocurrir una duda en esta materia de que tratamos. La accion que se pretende ejecutar es lícita, y su autor pone en ella toda la diligencia de que es capaz. Mas por desgracia es imperito en aquella materia; y no por descuido, sino por impericia le ocurre un doloroso accidente. Monta á caballo, sin tener la competente instruccion para dirigirlo: se entretiene en experimentos químicos, y es principiante en esta ciencia: maneja las armas, y no tiene fuerza ni destreza para ello. El resultado es que sucede una fatalidad, que, suponiéndole perito, no ocurria. ¿Hay culpabilidad, hay responsabilidad por su parte?

10. La ley romana habia resuelto explícitamente este caso. En su título de las reglas del derecho encontramos estatuido que *imperitatia adnumeratur culpae*. Quien no era capaz de hacer alguna cosa bien, no

obraba convenientemente dedicándose á ella. Habia culpa donde no existia plenitud de capacidad.

11. Si nuestra ley no ha declarado eso mismo en tan explícita forma, no por eso dejará de regir para nosotros lo que la razon de todos los tiempos aconseja y dispone. La impericia es siempre un argumento contra el que se pretende irresponsable: la impericia es siempre un género de culpa en las cosas que están rodeadas de peligro. No lo serán en buen hora, cuando se trata de hechos que jamás pueden tener tales resultados, toda vez que de la torpeza del agente sólo puedan seguirse la risa y la diversion de los que le contemplan; en esos casos en que el mal es todo para él, nada importa verdaderamente que un imperito se entretenga en lo que no domina, ó no conoce. Pero cuando de esa falta de conocimiento, de esa falta de dominio, puede seguirse alguna cosa grave; entonces, esa misma impericia ya lo es, y la audacia del que con ella obra, es un hecho que le expone á correccion. Quien no entiende de algo debe abstenerse de hacer lo que no sabe. Quien hace lo que no sabe, no puede decir que sólo ha sucedido por acaso la desgracia. Ha sucedido porque él no sabia lo que estaba haciendo: hay culpa, hay responsabilidad de su parte. La regla romana, no por romana, sino por racional, debe tener curso entre nosotros: *imperitia culpae adnumeratur*.

12. Entendemos que basta con lo dicho acerca de este *número*. A nosotros nos parece perfectamente clara, y absolutamente justa su disposicion.

Artículo 8.° (Continuacion.)

«9.° El que obra violentado por una fuerza irresistible.

»10. El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor.

»11 . . . .

CONCORDANCIAS.

Instit. de Cayo.—*Vis majos est ea quae consilio humano neque providere neque vitari potest.*

Digesto.—*De regulis juris, 184. Vani timoris juxta excusatio non est.*

Partidas.—*L. 7, tít. 33, P. VII..... Otrosí decimos que metus en latin tanto quiere decir en romance como miedo de muerte, o de tormento del cuerpo, o de perder libertad, o las cartas por la que podrie amparar ó recibir deshonra por que fincarie enfamado; et de tal miedo como este, o de otro semejante fablan las leyes deste nuestro libro quando dicen que pleito o postura que ome faga por miedo, que non debe valer; ca por tal miedo non tan solamente se mueven á facer..... algunas cosas los omes que non flacos, mas aun los fuertes et los poderosos: mas otro miedo que non fuese de tal natura, a que dicen vano, non excùsarie al que se obligase por el.....*

Cód. franc.—*Art. 64. No hay crímen ni delito cuando el presunto reo..... ha sido impulsado por una fuerza irresistible.*

Códig. austr.—*Art. 2. Ninguna accion ú omision constituye delito:*

. . . .

5 ° *Cuando el hecho es la consecuencia de una fuerza insuperable.*

Códig. napol.—*Art. 62. No hay crímen, cuando el autor ha sido impulsado por una fuerza á que no podia resistir.*

Cód. brasil.—*Art. 10. Tampoco serán considerados como criminales:*

. . . .

3.° *Los que cometan crímenes, impulsados por una fuerza ó un miedo irresistible.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 21. En ningun caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la accion con su voluntad*

forzado en el acto por alguna violencia material á que no haya podido resistir.—Compréndese en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar á un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar.

COMENTARIO.

1. La accion que se ejecuta por virtud de una violencia irresistible, no es seguramente una accion humana: quien así obra no es en aquel acto un hombre, es un instrumento. Aquí, no solo falta la voluntad, sino que naturalmente existe la voluntad contraria. No se fuerza á nadie á hacer una cosa, sino porque dejado á su espontánea voluntad se sabe que no ha de hacerla.

2. Este caso de la ley es sumamente sencillo. En él no puede ocurrir dificultad alguna. Sus términos son claros: su precepto no da lugar á ninguna cuestion. El que es violentado materialmente,—no amedrentado, no cohibido, sino violentado de hecho,—ese obró sin voluntad, obró sin culpa, no cometió delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera.

3. Pero añadamos tambien una cosa: que semejante caso es rarísimo en la sociedad humana, y que difícilmente se presentará en la práctica del foro.—El caso comun no es el de esa violencia material, sino el de la violencia moral; no es el de la fuerza, sino el del miedo. Siempre que hemos oido hablar de personas á quienes se compeliera á hacer algo, hemos encontrado de hecho que la coercion ha sido sobre el espíritu, que se las ha amenazado con un mal terrible, tal vez con la pérdida de la vida, y que se las ha precisado á obrar para libertarse de ese gran peligro que les amagaba. No han sido instrumentos; han sido realmente actores.

4. Mas actores, sin duda alguna, justificables. La violencia moral cae en el hombre de la misma suerte que la material, pues que el hombre es un compuesto de materia y de espíritu. La violencia moral fuerza su voluntad, como la material fuerza su mano. Si aquella voluntad es voluntad todavía—*(voluntas, etiamsi coacta, voluntas est)*—por lo ménos no es la voluntad libre, propia, responsable, que Dios concedió á los hombres, á fin de que los guiara en el sendero del mundo. En esa perturbacion y en sus consecuencias, ni hay imputabilidad, ni hay por consiguiente crímen. El miedo, cuando es justo, insuperable, de un grave mal, obliga naturalmente al hombre, decide sus actos, y descarga y tranquiliza su conciencia.

5. No quiere decir esto que no pudiéramos, absolutamente hablan-

do, resistir á la violencia que él nos irroga. Despreciando la muerte y los dolores, podemos reirnos de las amenazas. Seríamos héroes, seríamos mártires del deber, como ha habido mártires de la religion. Pero eso es un extremo que la conciencia puede sublimar cuando se le ofrece, y no puede pedir como regla en todos los casos. El hombre es débil, por lo comun, y el martirio no es su destino. Los héroes son raros: los confesores son poco numerosos. En eso se funda precisamente su gloria. La ley no ordena, ni puede ordenar tamaña perfeccion: mucho ménos puede suponer que sea la conducta del mayor número. Tiene que considerarnos como somos, y no puede pedirnos sino lo natural, lo ordinario, lo posible.

6. De aquí es que el miedo nos hace obrar á veces de distinto modo que lo que quisiéramos; que el miedo nos fuerza, y por tanto que el miedo nos justifica.

7. Pero no basta todo miedo para llegar á este resultado. La conciencia humana no puede admitir que cualquier temor nos exima con justicia del cumplimiento de nuestros deberes. La conciencia humana absuelve á Lucrecia entregándose á Tarquino, porque Tarquino tenia en su mano el matar irreparablemente su honra. Si no hubiese podido amagarla más que con un encierro, por ejemplo, Lucrecia se hubiera reido de él, ó, en otro caso, el mundo habria condenado á Lucrecia. Y lo que en este caso sucederia, eso mismo acontece ó puede acontecer en todos.

8. Hay, pues, un miedo grave, que exime de responsabilidad, y hay otro que no lo es, y que, cuando más, la atenúa. Las expresiones consagradas para designar á ambos, son vano, hablando del segundo; y que cae en varon constante, hablando del primero. Dicho se está que es á ese al que hace relacion el artículo con las expresiones «*insuperable*» y «*de un mal mayor*.» No es un miedo cualquiera, sino éste sólo, al que atribuye el poder de eximirnos de responsabilidad.

9. La última circunstancia, sin embargo, esa expresion de *un mal mayor* con que acaba la ley, es una expresion que en nuestro concepto hubiera debido sustituirse con otra más exacta. A nosotros nos parece que ella no lo es. *Mayor* es por su índole y significado una palabra comparativa; como tal se ha usado en este artículo, y de seguro no debe usarse aquí en un sentido diverso. Pero si es así, ó no encontramos el término en que esa comparacion recae, ó si le encontramos, se nos figura que no es admisible la condicion pedida; que hay error en el precepto de la ley.

10. Veamos con varios ejemplos lo que dice ésta. Unos sublevados se apoderan de mí, y me mandan acompañarlos en su insurreccion, pena de la vida si no lo hago. Aquí se me obliga á ejecutar una accion punible, conminándome con un mal sumamente grave. Este mal es de seguro, ó casi seguro, mayor que el otro: porque de acompañarlos, no es probable que incurra en un caso capital, y ellos sí me amenazan

con la muerte. La ley, pues, me autoriza para que los siga, y encuentra buena la razon que me ha movido, y por la cual quiero eximirme de la pena lanzada contra los rebeldes.

11. Pero me cojen esos mismos sublevados, me cojen unos facinerosos, y me ordenan ir á pegar fuego á una casa habitada, á clavar un puñal en el pecho de un prisionero. La amenaza es tambien de muerte; mas la pena del hecho que voy á cometer es la muerte misma. Aquí no hay mal mayor. El uno es igual al otro. El que evito es el propio en que incurriria segun la ley. Y sin embargo, nadie dirá que no he tenido el derecho de matar á un hombre, de incendiar un cortijo ó una casa, por salvar mi vida que se hallaba en peligro.

12. Hay todavía más. No me amenazan con la muerte; me amenazan sólo de mutilarme, me van á cortar una mano, si no pongo fuego á la casa condenada. El mal con que se me amenaza no es tan grande como el que prepara la ley al incendiario. Con todo, por evitar ese mal menor, que está próximo, realizo el incendio. ¿Quién será el juez que me condene, á pesar de las palabras del artículo? No es el miedo de un mal *mayor* el que me ha hecho obrar, pero ha sido el de un mal grave, el de un mal próximo. Este basta para la conciencia: éste debia haber bastado para la ley.

13. Aquí, como en otros puntos, la prudencia judicial no puede ménos de ser soberana. Tanto lo es, cuanto que la gravedad de los motivos que determinan el miedo, no ha de ser la misma para todas las personas. Una mujer se afecta más fácilmente que un varon; un jóven cae en él por ménos motivos que un hombre formado. La serenidad del ánimo es distinta segun mil circunstancias; y lo que la imaginacion presenta á algunos con vivísimos y espantables colores, es para otros poco ménos que objeto de desprecio y de burla.

14. Echamos, pues, de ménos en la ley algo que correspondiese en este punto á lo *racional*, con que ella misma calificaba la *necesidad* de la defensa, en uno de sus anteriores párrafos. Esa vaguedad que allí nos pareció bien, en este lugar la quisiéramos del mismo modo. Tanto más nos afirmamos en este juicio, cuanto que el principio de la justificacion es uno propio en el caso del miedo y en el caso de la defensa. Siempre se obra, no por la libre voluntad de obrar, sino por la precision en que uno se halla de hacerlo, para evitar que caiga un daño sobre él. Quien obedece á los facinerosos en cuyo poder está, si tuviese fuerzas, de ellos se defenderia. Iguales causas, pues, deberán exigirse para justificacion en uno y otro caso. Y así como al que se defiende, no se le pregunta, ni se le obliga á considerar, si es mayor el mal que evita que el que comete, tampoco creemos que deben hacerse tales investigaciones cuando se trata de una accion cometida por miedo.

15. En lugar, pues, de las palabras «un mal mayor,» nosotros habríamos puesto un «mal grave y próximo.» Con esto diria la ley todo lo que á ella le corresponde decir, y pondria á los tribunales en el buen ca-

mino que sólo ellos pueden andar. Porque al cabo, y por más que se pretendiese otra cosa, ha de ser un acto de racional prudencia el decir si hubo miedo fundado, y si ese miedo, ó perturbó justamente la razon, ó compelió y arrastró naturalmente la libertad. Y cuando esto sucede, sean mayores ó menores los males de que se trata, el agente no puede ménos de ser irresponsable.

Artículo 8.° (Continuacion.)

«11. El que obra en cumplimiento de un deber, ó en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio ó cargo.

»12. El que obra en virtud de obediencia debida.

»13 . . . .

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*De regulis juris, 55.—Nullus videtur dolo facere qui son jure utitur.*

Partidas.—*L. 5, tit. 15, P. VII.—Fijo que estudiese en poder de su padre, o vasallo o siervo que estudiese en poder de su señor, o el que fuese menor de veinte y cinco años que oviese guardador, o el fraile, o el monge o otro religioso que estudiese si obediencia de su mayoral, cada uno de estos que ficiese daño en contra dotro, por mandato de aquel en cuyo poder estudiese, non serie él tenudo de facer enmienda del daño que assi oviese fecho, mas aquel lo debe pechar por cuya mandato lo fizo. Pero si alguno destos deshonrase o firiese o matase a otro, por mandado de aquel en cuyo poder estudiese, non se podrie escusar de la pena, por que non es tenudo de obedecer su mandato en tales cosas como estas: et si le obedeciese, et matase, o ficiese alguno de los otros yerros sobredichos, debe por ende haver pena, tambien como el otro que lo mandó facer.....*

Lib. 13, tit. 33, P. VII.—Et aun decimos que el que face alguna cosa por mandado del juzgador a quien ha de obedecer, non semeja que lo face á mal entendimiento, porque aquel face el daño que lo manda facer.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 21. En ningun caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que cometa la accion..... por alguna órden de las que legalmente está obligado á obedecer y ejecutar.*

COMENTARIO.

1. Reunimos estos dos números del artículo de la ley, porque es una sola la idéa que los inspira. Por ellos se exime de responsabilidad al que en el caso ordinariamente punible, solo ha ejercido un derecho, ó cumplido un deber. Ahora bien: el que usa de su derecho no injuria á nadie; el que cumple con su deber, si algo merece por ello, es elogio, que no pena.

2. El soldado que fusila, el alguacil que prende, el médico que amputa, no son objeto de la ley criminal, á pesar de que causen daño. Y es tan claro este punto, que muchas legislaciones no han hecho ninguna mencion de él, por no conceptuarla necesaria.

3. Lo único que merece llamar nuestra atencion es el contexto del *número 12*; no ciertamente por el principio, en que no cabe dificultad, sino por sus aplicaciones, que algunas veces la presentan. La cuestion de la *obediencia*, que ciertamente ofrece peligros como todas las cuestiones morales, pero que tambien se ha exagerado por resultas de las preocupaciones políticas, aparece aquí de lleno delante de nosotros. Es menester considerarla sin pasion, aunque sin otra importancia que la que justa y merecidamente tiene.

4. Nuestras antiguas leyes la resolvieron ya en el mismo sentido en que la resuelve el Código; y á decir verdad, no se concibe que legislacion ninguna pueda resolverla de otra manera. Es fácil declamar en un discurso sobre los inconvenientes del derecho de exámen por parte de los inferiores ó subordinados: es fácil decir en tésis general que todo el oficio de estos ha de estar reducido á enterarse bien de lo que sus jefes ó superiores lés mandan, para ejecutarlo sin vacilacion, y sin la menor desviacion de sus preceptos. Pero cuando se llega á formular las leyes y á fijar los casos, al ménos, y principalmente en el órden civil, siempre se toca la necesidad de reservar los derechos del hombre, siempre es imposible reducir á éste á la completa situacion de una máquina, anulando de todo punto su razon y su responsabilidad.

5. La obediencia es ciertamente un deber; pero no la obediencia absoluta, sin ninguna condicion, sin ningun contraste que la compruebe. Un padre no puede mandar á su hijo que cometa crímenes: una autoridad no puede mandar á sus subordinados que se subleven contra el

gobierno. Cuando tales cosas se mandasen, el hijo y el subordinado no deberian obedecer. Obedeciendo, no se eximirian por ello de responsabilidad. No les era permitido anular su personalidad hasta tal punto.

6. La verdad es, como hemos dicho en otra ocasion, que los derechos y los deberes se limitan unos á otros en este mundo. La verdad es, que no hay ni puede haber nada absoluto, ni en la razon ni en la sociedad. La verdad es, que esa conciliacion de principios diversos es la ley moral de nuestra vida.

7. Es un deber la obediencia á los superiores, en todo aquello en que los superiores tienen derecho para mandarnos. Dentro de esa esfera no debemos permitirnos exámen alguno, porque no lo podemos hacer, no es á nosotros á quien toca el hacerlo. El soldado no ha de examinar los planes estratégicos de sus jefes: el dependiente de justicia no tiene que ver con la rectitud de las providencias que ha de ejecutar. Pero si el jefe político dictase fallo de derecho judicial, si el juez tomase disposiciones gubernativas, ninguno de sus súbditos tendria obligacion de obedecerlos, y ninguno, por consiguiente, se eximiria de responsabilidad por su obediencia.

8. Tal es el derecho rigoroso; y por eso ha dicho la ley *obediencia dedebida* en el *número* que examinamos.

9. Pero aquí, como en todas las situaciones legales, hay presunciones á que atender. Aquí, como en tantos otros casos, la conducta práctica que se ha de observar, más bien depende de esas presunciones mismas, que de lo que consigna ó declara el rigoroso derecho.

10. La presuncion es que toda persona constituida en autoridad obra dentro de los límites de ésta, y por consiguiente que le es *debida* la obediencia de sus subordinados. Toda vez que se llenan las formas exteriores pertenecientes á cada clase de preceptos, es de suponer que estos corresponden á la esfera en que aquella persona los podia dictar. No compete á sus subalternos el ir á buscar razones más ó ménos especiosas, para eludir ó negarse á obedecer lo que contienen. Esos motivos de exámen no han de ser nunca de propósito inquiridos: basta, y no es poco, con que se les atienda, cuando espontánea y vivamente ocurra: basta con no rechazarlos, en vez de complacerse en su investigacion. Cuando es menester inquirirlos, desde luego dudamos de su legitimidad. Los casos en que es permitida la desobediencia, saltan desde luego á la vista de todo el mundo: el sentido íntimo y la conciencia, sublevándose á pesar nuestro, nos los señalan.

11. Infiérese tambien de aquí, que siempre que hubiere dudas, por leves que sean, la obediencia es nuestra obligacion. Para eximirnos de ella, para contrarestar legítimamente el deber y las consideraciones de pública utilidad que nos las preceptúan, es menester algo más que un ánimo dudoso acerca de su derecho. Necesítase que el deber contrario sea muy claro y de muy superior órden, para que aquella no sea el recurso más seguro, y de consiguiente el que se deba elegir.

12. Y sobre todo, en el órden militar es más indispensable que en ninguna otra esfera ese carácer obediente y pasivo de los subordinados. La milicia no vive sino por la severidad de la disciplina; y áun la suposicion de la desobediencia abstracta es en ella de malísimo efecto. En sus leyes no se puede admitir ni áun la posibilidad de que el inferior se exima de ejecutar las órdenes superiores; porque no puede admitirse que el superior ordene lo que no esté en sus facultades. En la milicia el que manda más, sabe más, y lleva siempre razon. Habrá excepciones, pero no puede decirse ni preveerse en las leyes. De otro modo no habria ejército.

13. Por fortuna no nos ocupamos aquí en las leyes militares. El órden civil no necesita ser tan rigoroso; y nuestra ley ha podido hablar de acuerdo con la razon y con el buen sentido, en la foma que lo ha hecho. Eximiendo de responsabilidad al que obra por obediencia, ha podido decir la palabra «por *obediencia debida.*» Los fueros de la libertad y de la subordinacion todos se han salvado.

14. *Obediencia debida* es la que está fundada en las leyes: la que prestan los subordinados á sus superiores, los hijos á sus padres, los vecinos á su autoridad, los súbditos al gobierno. *Obediencia debida* es la que procede en legítimos mandatos. *Obediencia debida* es la que no infringe ningun otro derecho, la que no pugna con ningun otro deber directo y de más importancia. Cuando en virtud de tal obediencia se obra, el agente no puede ser responsable. «El se torna en cierto modo en instrumento de accion agena; y léjos de serle imputable la suya, y de recaer sobre su frente el cargo de la misma, elevárase ésta á la persona cuya voluntad movió su brazo, la cual habrá de contestar ante Dios y los hombres acerca de las causas y de las circunstancias de su precepto.»

Artículo 8.° (Conclusion).

«13. El que incurre en alguna omision, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable.»

CONCORDANCIA.

Digesto.—*De regulis juris*, 185.—*Impossibilium nulla obligatio est.*

COMENTARIO.

1. Todos los *números* anteriores se aplican á una sola clase de los actos punibles, á los que consisten en hacer lo vedado. Mas en la definicion del delito (art. 1.°) se vió que tambien hay omisiones merecedoras de este nombre. Cabe, pues, que tambien sea la omision punible; y segun el sistema que vamos siguiendo, corresponde decir en qué caso esas omisiones vedadas están exentas de responsabilidad.

2.° La ley no señala más que un género: las que proceden de impedimento por causas legítimas ó insuperables. Estas omisiones no son efectivamente voluntarias; y no siéndolo, por el mismo art. 1.° salen de la esfera del delito.

3. ¿Cómo se ha de hacer cargo, en efecto, á cualquier persona de no haber ejecutado lo que la ley le manda ejecutar, si ora sea por accidente, ora por culpable voluntad agena, se ha visto impedido para la accion que en otro caso debiera ejercer? ¿Cómo se nos ha de hacer cargo de una falta, cuando la falta no proviene de nuestra resolucion, sino de un obstáculo invencible?—«No hay obligacion de las cosas que no pueden hacerse»—ha consignado el derecho romano. Antes de él lo habia establecido la razon; y su precepto es de tal modo evidente, que ni áun necesidad concebimos de que en términos expresos lo declaren los códigos.—Por eso no lo encontramos dicho en ninguno moderno; no porque tal doctrina no sea siempre la de la humanidad toda.

4. Nuestra ley habla de causas legítimas y de causas insuperables. Por esta última expresion seguramente se quieren dar á entender las que materialmente no podemos sobrepujar: por aquella, las que moralmente nos impiden y embarazan en nuestros hechos. El resultado es el mismo. La doctrina jurídica ha proclamado de muchos siglos acá que *id tantum possumus quod jure possumus.*

Apéndice al artículo 8.°

1. Hemos concluido el exámen del art. 8.°: hemos recorrido todas las causas que señala la ley como circunstancias exentivas de responsabilidad en los casos que ordinariamente pena; las hemos explicado, las hemos justificado en su principio y en su expresion. Fáltanos ahora únicamente el ver si el artículo ha sido completo y feliz en su obra, si ha llenado plenamente el cuadro que se proponia, si no ha olvidado algunas causas ó circunstancias que debieran encontrarse entre las que incluye. Si puede decirse que nada tiene de más ¿podemos decir tambien que no tenga nada de ménos?

2. Echemos para esto una ojeada sobre sus *números*. Veamos cuáles son los principios que en ellos se han desenvuelto, y reflexionemos enseguida si hay algun otro, que no se haya recordado, ó si en análisis de cada cual ha quedado por deducir ó referir alguna de sus elementales circunstancias.

3. Los trece *números* comprendidos en este artículo se derivan de seis principios solos. El primero es la falta de inteligencia ó de razon en el agente: el segundo, la falta de discernimiento: el tercero, la falta de libertad: el cuarto, la existencia de un derecho contrario: el quinto, la existencia de un deber positivo: el sexto, en fin, la ocurrencia de un accidente ó de un acaso irremediable. Del primero de estos principios se deriva el primer *número*: del segundo, los *números* segundo y tercero: del tercero, los noveno, décimo, y décimo-tercio: del cuarto, los cuarto, quinto, sexto y sétimo: del quinto, los undécimo y duodécimo: del sexto, por último, el octavo. Hablamos aquí en general, y sin descender á consideraciones minuciosas, porque, en todo rigor, hay algunos *números* que no se derivan de un principio solo. El undécimo, por ejemplo, se deriva del cuarto y del quinto á la vez; y así podria tambien decirse de algunos otros.

4. Descompuesto de este modo el artículo que nos ocupa, continuemos nuestro análisis para juzgarlo.—Nada, á la verdad, se nos ocurre en cuanto á los principios que le inspiran, como no sea completa aprobacion, completa alabanza. Fuera de esos seis orígenes de inculpabilidad, confesamos sinceramente que no concebimos otros verdaderos y reales. Cuando no falta ni inteligencia, ni discernimiento, ni libertad; cuando no se obra por razon de un derecho ni de un deber; cuando no ocurre algun impensado accidente, y á pesar de todo se ha cometido una accion punible, no sabemos por qué otra causa haya de ser inculpable el que la cometiera.

5. Pero descendamos á la aplicacion, y veamos si esos principios no se resuelven en más circunstancias que las expresadas.

6. Por falta de inteligencia ó de razon, exime sólo la ley de toda responsabilidad al que se halla demente ó loco. ¿No deberia tambien eximir al que obra con completa ignorancia, por error de hecho, ó en estado de hecho, ó en estado de embriaguez? ¿No es cierto, por ventura, que en semejantes casos falta la inteligencia de lo que se hace?

7. Reservemos hablar de la embriaguez para el siguiente artículo, pues que allí es donde la menciona la ley; pero digamos algo de la ignorancia y del error, de los cuales no se habla en ninguna parte.—La legislacion antigua los habia admitido como legítimas excusas: la razon tendria que admitirlos tambien, si esa ignorancia fuese invencible, si ese error fuese inculpable de todo punto. La razon, de acuerdo con la ley, inspirando su artículo 1.°, dice que no hay delito en donde no se encuentra una accion ú omision *voluntaria*.

8. Mas al hablar de la ignorancia y de los errores, debemos confesar

que pocas veces se encuentran en el mundo con esas condiciones que acabamos de exigirles. Lo comun es que nazcan de descuido, de abandono, de negligencia y de faltas propias. Aparte los privados de razon, y los niños que carecen aún de discenimiento, esa ignorancia y esos errores casi siempre tiene un orígen de culpa. El imperito debe abstenerse de lo que no sabe; porque si no se abstiene, se expone á obrar mal, y no procede en ello con segura inocencia. La ley no puede eximirle de la responsabilidad de sus hechos.

9. Si á pesar de todo, se nos presentase alguna vez un notorio efecto de inculpable ignorancia, los tribunales no podrán olvidar la definicion del delito, y habrán de admitir que en semejante caso faltó la voluntad, faltó la intencion, faltó consiguientemente el delito propio.

10. Respecto al segundo principio, el de carencia de discernimiento, y al tercero, el de la carencia de libertad, nada tenemos que añadir á lo expuesto en sus *números* respectivos (2 y 3; 9, 10 y 13). Tampoco nos ocurre dificultad alguna acerca de las acciones que proceden de acaso, ó que nacen de un deber legítimo, en contraposicion con la letra de las leyes penales (*números* 8, 11 y 12). En lo que sí pueden ofrecerse dudas es en los casos dados por el artículo como procedentes de un derecho. ¿Son por ventura esos solos casos los que tenemos de tal naturaleza? Permítasenos examinar algunos otros.

11. Toda nuestra legislacion antigua ha eximido de responsabilidad al marido que daba muerte á su mujer adúltera con el cómplice de su crímen: al padre que cometiese igual accion con su hija, casada, hallándola en su casa misma ó en la del yerno. La ley constituia este derecho, y daba fuerza á ese arrebato del decoro y de la honra. Y semejante suceso no era por cierto imaginario en nuestras costumbres. Mil veces ha acontecido: en todas ellas cumplieron los tribunales el precepto legal.

12. ¿Qué sucederá ahora con el nuevo Código? ¿Se eximirán de responsabilidad el marido ó padre que tal hicieren? ¿Podrá decirse que han obrado en el ejercicio legítimo de un derecho?

13. Esto último no se puede decir, toda vez que la presente ley no consigna esa facultad otorgada en las anteriores. Existia tal derecho segun la antigua, porque expresamente aquella lo declaraba; no existe, segun ésta, porque no lo menciona, y no es semejante autoridad de las que pueden inferirse por deduccion. Segun nuestro Código, lo que habrá únicamente serán circunstancias atenuantes, con arreglo al artículo 9.°, *número* 5.° Tendremos una ofensa grave; mas el efecto de la ofensa no pasa de tal atenuacion del delito realizado.

14. Hablando sinceramente, dudamos que la ley haya hecho bien en no repetir las antiguas disposiciones. Una cosa es que ella no pueda penar el adulterio como se penaba en los pasados siglos, y otra que no trate de conservar indirectamente, y del modo posible, la tradicional severidad de las costumbres. Hay sentimientos que, en nuestro juicio,

debe respetar siempre la legislacion. El derecho consignado en las leyes 13 y 14, tít. 17 de la Part. VII, nos parece uno de esos restos de honor y caballerosidad, que deben acatarse y permanecer ilesos. Como no existió sino porque la ley hiciera tal homenaje á las costumbres, para conservarlo era indispensable volverlo á escribir en las nuevas leyes. Nosotros lo hubiéramos escrito (1).

15. Otro punto sobre el cual tambien hablaban las antiguas, y se ha guardado silencio en la moderna, es el del facineroso nocturno. Aquellas daban grande facilidad para hacer armas contra él. Estas, no mencionando el caso, le sujetan á las reglas generales del jercicio de la defensa, del uso comun de un derecho. Para emplear la fuerza contra tal agresor se necesitan las mismas circunstancias que respecto al que nos acomete de dia. La noche por sí sola no es una nueva y más favorable circunstancia para el que se defiende. Podrá serlo, si los tribunales la estiman así; pero en la ley no se la señala con ese carácter.

16. Reconocerémos, si se quiere, más exactitud filosófica en este proceder; pero juzgamos que la idéa contraria, la idéa tomada de nuestro derecho antiguo, la idéa de que la noche, por sí, era un signo de esa necesidad que moviera al agente, y una justificacion de la defensa intentada por él; esta idéa, decimos, no nos parece disconforme con el estado de nuestra patria, ó de una gran parte al ménos de las provincias que la constituyen. Cuando se hacen códigos para pueblos determinados, es menester tomar á éstos como son, con sus bienes y con sus males. En donde quiera, el acontecimiento nocturno justifica más libertad, más amplitud en la repulsa: en nuestra España particularmente, sería un delirio el no reconocerlo así. Por fortuna, los tribunales lo reconocerán en cada caso: la ley no se lo prohibe.

17. Esto por lo que hace á casos particulares. En una esfera mas ámplia, tambien creemos que se debia haber hecho mencion de otros sucesos posibles, de aquellos que la *necesidad* por sí sola autoriza. La necesidad puede ser orígen del derecho; y no sabemos si habria estado de más el reconocerlo explícitamente. Cierto es que se puede abusar de esa palabra: pero de todas puede abusarse, sin duda; para impedirlo están ahí los tribunales.

18. No hablemos de la necesidad que nos conduzca á apoderarnos de cosas agenas; necesidad, que bien comprobada, que reducida á sus justos, estrechísimos límites, es á manera de una violencia incontrastable, y eximiria de todo delito á los que sujeta en su cadena poderosa. A un mendigo hambriento, que no encuentra trabajo, que no encuentra limosna, y que hurta un pan para libertarse de estado tan horroso, la sociedad puede encerrarlo en un hospicio é imponerle una labor de la que viva; pero no puede encerrarlo en una cárcel, ni enviarlo á presidio por tan triste y dolorosa accion.

(1) El Colegio de Abogados de Madrid opina en su Informe como nosotros.

19. Mas no es ésta sola la obra de la necesidad. Amenázanos un naufragio, zozobra el buque que nos conducia, y no queda más que un pequeño bote, donde caben poquísimas personas. Si yo cojo y lanzo al mar á uno de los que lo llenaban, para ocupar el puesto de que él se habia apoderado, ¿soy por ventura culpado de homicidio, en razon á que él se ahoga y perece?—Ninguna conciencia lo podrá decir: ningun tribunal lo podrá fallar. Mi conservacion era para mí lo primero, y la necesidad me autorizó á cometer aquel hecho horrible. Han dicho algunos que se obra por razon de defensa en este caso. No nos lo parece á nosotros. No cabe defensa donde no hay agresion. Como se obra allí es por *necesidad*, por esa necesidad que moralmente constituye un derecho, y que no sería malo ni ocioso que la ley hubiese reconocido.

20. Por lo demás, cualquiera que sea la leve censura que estas observaciones autoricen, sería bien injusto que la exajeráramos, ni que la convirtiéramos en crítica formal de la ley. Esos casos rarísimos que la imaginacion concibe, muy difícilmente se presentan en la historia del foro. Aun suponiéndolos, no es de temer que se les aplique el excesivo rigor de las leyes. Siempre tenemos ahí la garantía del artículo 1.º, definicion fundamental del delito. Siempre tenemos en los *números* de este 8.º analogías preciosas, que no dejarán en su caso de ser salvadoras para la inocencia. Y no se nos diga que las analogías no sirven en la esfera de las leyes penales: no sirven para condenar; pero sirven sin duda para absolver.

CAPÍTULO TERCERO.

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

1. Tras de las circunstancias que eximen de responsabilidad al agente de una obra prohibida, vienen las que atenúan la responsabilidad de ese agente mismo: tras de lo que hace que no sea criminal una accion generalmente penada por la ley, síguese lo que, áun dejándola como delito, la rebaja en este carácter. Pasamos de la esfera de la inocencia á la de la culpabilidad; pero nos detenemos en lo que la hace mas leve, y vamos á considerar lo que la fija en sus grados inferiores.

2. Es el hecho que un mismo delito, que una propia accion criminal, no siempre es igual consigo misma, ni merece una propia pena, por más que sea idéntico el nombre que la distinga en todos los casos. La muerte de cualquier persona se llama homicidio, y es uno de los actos condenados y penados por las leyes humanas; pero de homicidio á homicidio puede haber y hay contínuamente gran diferencia, y no es una pena sola la que ha de castigarlos ó reprimirlos á todos, sin consideracion á sus circunstancias particulares.

3. Nace esto de que el delito no es una cosa simple, sino una cosa

compuesta; de que no es una unidad, sino un número. Todos los hechos que concurren en él, sirven para modificar su importancia. De parte del agente, de parte de la víctima, por los accesorios extraños, por el tiempo, por el lugar, por los causantes, por la forma; todos son motivos que influyen en su lenidad ó en su gravedad respectiva. No hay dos hechos iguales; no hay dos homicidios que no se diferencien el uno del otro. Tal es la ley de nuestra naturaleza.

6. Prever y definir cada caso particular hubiera sido una pretension imposible, ridícula, absurda. Los códigos no pueden hacer otra cosa que presentar los grupos de las acciones punibles, describiendo sus caractéres generales, y dándoles los nombres sintéticos que unas de las otras las separan. Los códigos forman la lista de los delitos, como el botánico forma la lista de las especies. Los individuos están allí, pero no particularmente, sino colectivamente, bajo la fórmula y la definicion general.

5. Mas en seguida de hacer esto, esos mismos códigos tienen que reconocer el poder y la influencia de las circunstancias, que modifican en cada caso esa definicion y esa fórmula. Fijándose en el aspecto de la gravedad, la razon les inspira que esas circunstancias rebajan á veces, y á veces aumentan, la idéa típica y fundamental, que habian formado del delito abstracto y comun.

6. Así, los códigos proclaman, y no pueden ménos de proclamar, que respectivamente á cada crímen hay ó puede haber circunstancias que le atenúen, como hay ó puede haber circunstancias que le agraven. Sobre su estado fundamental, hállanse esos dos estados, uno superior y otro inferior. Aun en cada mal de estos, pudieran señalarse á voluntad otros muchos, siguiendo una escala indefinida; mas esa escala y la division que de ella resultase, serian completamente hechos arbitrarios. Lo que no lo es, lo que no es indefinido, lo que es real, aunque sea vago dentro de cada uno de sus términos, es esa primer division que acabamos de consignar ahora: delito fundamental ó comun; delito atenuado por circustancias accesorias; delito agravado por las mismas circunstancias.

7. Y no es un adelanto de la teoría moderna la primitiva concepcion de estos principios. Eran tan obvios y tan naturales, que no hubieran podido oscurecerse, áun á los más sencillos legisladores. En el derecho romano aparecieron ya en una completa luz, y nuestras leyes de la edad media los proclamaron abiertamente. «*Farè in omnibus penaliubs judiciis, et aetati et imprudentiae succuritur*» — decia el Jurisconsulto Paulo, citado en la 108 de las reglas del derecho,—«*In omnibus quidem, maximé autem in jure, aequitas spectanda sit*»—habia dicho el mismo en la regla 90.—Por último, la ley 16.ª, tit. 19, lib. XLVIII del Digesto, explicando las diversas formas y los distintos grados que puede tener el delito dice: «*aut facta puniuntur..... aut dicta..... aut scripta..... aut consilia..... Sed haec quatour genera consideranda sunt septem modis,*

causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantiate et eventu..... Persona dupliciter spectatur, ejus qui fecit, et ejus qui passus est: aliter enim puniuntur ex iisdem facinoribus servi quam liberi; et aliter qui quid in dominum, parentemve aussus est, quam qui in extraneum, in magistrum, vel in privatum.—In ejus rei consideratione aetatis quoque ratio habetur.—Locus facit, ut idem vel, furtum vel sacrilegium sit, et capite luendum, vel minore supplicio. Tempus discernit..... effactoren vel furem diurnum á nocturno.—Qualitate, cum factum vet atrocius vel levius et ut furta manifesta à nec manifestis discerni solent.....»—La teoría de los accesorios agravantes y atenuantes está aquí plenamente comprendida, y suficientemente indicada, si no explicada.

9. Vengamos ahora á nuestros códigos españoles. La ley **8.ª**, **tit. 31**, Part. VII, se expresa sobre este particular del modo siguiente: «*Catar deben los judgadores quando quieren dar juicio de escarmiento contra alguno, qué persona es aquel contra quien lo dan* (a), *si es siervo, o libre, o fidalgo, o home de villa, o de aldea, o si es mozo o mancebo o viejo, ca mas cruedmente deben escarmentar al siervo que al libre, et al home vil que al fidalgo, et al mancebo que al mozo, et al viejo que al mancebo. Porque magüer el fidalgo o otro home que fuese honrado por su esciencia o por otra bondad que oviese en él, ficiese cosa porque debiese morir, non lo deben matar tan aviltadamente como a los otros, assi como arrastrándolo, o enforcándolo, o quemándolo, o echándolo a bestias bravas; mas débenlo mandar matar en otra manera, faciéndolo sangrar o afogar, o echándolo de tierra, sil quisiesen perdonar la vida. Et si por aventura el que oviese assi errado..... fuese menor de diez y siete años* (b) *débenle menguar la pena que darien a los otros mayores por tal yerro. Otrossi, deben catar los judgadores* (c) *las personas de aquellos contra quien fué fecho el yerro; ca mayor pena meresce aquel que erró contra su señor, o contra su padre, o contra su mayoral, o contra su amigo, que si lo ficiese contra otro con quien non oviese ninguno destos debdos. Et aun deben catar* (d) *el tiempo et lugar en que fueron fechos los yerros; ca si el yerro que han de escarmentar es mucho usado á facer en la tierra a aquella sazon, deben estonce facer mas cruel escarmiento, porque los homes se refrenen de lo facer. Et aun decimos* (e) *que deben catar el tiempo en otra manera; ca mayor pena debe haber aquel que face el yerro de noche que el que lo face de dia, porque de noche pueden nascer muchos peligros et muchos males. Otrosí deben catar* (f) *el lugar en que facen el yerro; ca mayor pena meresce aquel que yerra en la iglesia, o en casa del rey, o en lugar de judgar los alcaldes, o en casa de algunt su amigo que se fia en él, que si lo ficiese en otro lugar. Et aun debe ser* (g) *catada la manera en que fué fecho el yerro; ca mayor pena meresce aquel que mata a otri a aleve o a traicion, que si lo matase en pelea o de otra manera: et mas cruedmente deben seer escarmentados los robadores que los que furtan ascondidamente. Otrosí deben catar* (h) *cual es el hierro, si es grande o pequeño, ca mayor pena deben dar por el grande que por el pequeño. Et aun deben catar* (i) *cuando dan pena de peche, si*

aquel a quien la dan o la mandan pechar, es pobre o rico, ca menor pena deben dar al pobre que al rico: et esto porque manden cosa que pueda seer complida. Et pues que los judgadores ovieren catado muy acuciosamente todas estas cosas sobredichas, pueden crecer, o toller, o menguar la pena, segunt entendiesen que es guisado de lo facer.»

9. Si pasamos del exámen de las Partidas al de nuestros códigos anteriores en fecha, pero superiores en autoridad, por ser de orígen más español, encontrarémos la misma doctrina en el fondo, aunque ménos razonada, ménos ordenada bajo puntos de vista generales. El legislador no se eleva aquí á teorías sintéticas sobre la atenuacion de la penalidad; mas la verifica de hecho, esa atenuacion, en los casos que habia de indicarle la teoría. Para citar una materia sola, dirémos que en los títulos 5, libro VI del Fuero Juzgo, y 17, libro IV del Fuero Real, que son los que en uno y otro código tratan de los homicidios, se encuentran en el primero siete leyes, y en el segundo tres, que consagran diferencias de penalidad producidas por verdaderas circunstancias atenuantes. Poco importa, pues, que el Soberano no distinguiese con claridad la doctrina: el instinto al ménos le llevaba á donde no alcanzaba á llegar la razon.

10. En cuanto á los códigos modernos, á los que recientemente se han ordenado en diversos paises, era imposible que ó abierta ó embozada no penetrase la misma teoría. El legislador que la rechazara de propósito querria un absurdo, que no le fuera dado realizar. Cuando ménos tendria que multiplicar inmensamente la division y lista de los delitos, y hacerse casuístico hasta cierto término, lo cual sería ya, áun negándolo, reconocer muchas de las circunstancias atenuantes.

11. En lo que sí cabe, y ha habido en efecto gran variacion de unos códigos á otros, es en el modo de ordenar y presentar éstas. Aquí pueden seguirse, y se han seguido diversos caminos. La ley ha podido agrupar en derredor de cada especie de delito abstracto las circunstancias especiales que le agravaban ó atenuaban, salvo el tornar á hacer lo propio con cada cual de los delitos siguientes. Esto es quiza lo más natural, lo primero que ocurre. La ley ha podido tambien, elevándose en sus generalizaciones, ordenar en un solo cuadro comprensivo y sintético todo el sistema de esas mismas circunstancias, para que los tribunales lo apliquen despues en cada caso que les ocurra. Esto es lo más científico, y á nuestro entender lo más perfecto. La ley, por último, ha podido hablar con vaguedad de circunstancias atenuantes ó agravantes, indicar si acaso sus orígenes; pero no desenvolverlas, sino dejar esta obra á la conciencia de los jueces. Esto tiene tambien sus ventajas ó puede tenerlas en ciertos casos: á saber, cuando no sean tribunales, sino jurados, los que fallen sobre ese particular; y cuando esa institucion haya adquirido todo el mérito que en Inglatera, y sólo en Inglaterra se le reconoce.

12. De cualquier modo, el sistema de nuestra nueva ley es el segundo que hemos señalado. Ella ha recogido en este capítulo por medio

de una síntesis fecunda las causas de atenuacion, y las ha presentado completas segun su juicio, para que se apliquen como ocurrieren en los casos de los delitos especiales. Ni las ha dejado meramente á la prudencia judicial, ni ha reservado su exposicion para hacerla, analítica ó casuística.

13. Dos cosas debemos advertir en este punto: primera, que la adopcion en distintos códigos de los diversos sistemas que hemos indicado, dificulta grandemente la terminacion de las Concordancias. Estas son fáciles cuando se trata de leyes ordenadas bajo el mismo punto de vista; difíciles de arreglar y confrontar cuando en cada una se han seguido procederes tan opuestos. Harémos, pues, en esta materia lo que sea posible, y anotarémos las Concordancias que quepan anotarse; sin que se infiera por eso, cuando completamente falten las de alguna legislacion, que aquella ha proscrito ó no ha reconocido las circunstancias atenuantes de que hablamos. De tal manera pueden estar desenvueltas en un centenar de artículos, ó confiadas á la prudencia judicial, que fuera irrealizable propósito el de reducirlas á una oportuna comparacion con las de nuestra ley.

14. Segunda advertencia: que en este lugar no discurrimos acerca de lo que las circunstancias atenuantes disminuyen á la penalidad. Trataráse de ello en la ocasion oportuna, que no es, á la verdad, la presente. Aquí solo decimos que rebajan la responsabilidad, y consiguientemente la pena, pero no señalamos el cuánto. Es esta ahora cuestion de principio, y de ningun modo cuestion de detalles.

Artículo 9.°

«Son circunstancias atenuantes:

»1.° Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

»2.° . . . .

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L.* 5, *tít.* 8, *P. VII.*—Véase la Concordancia al *núm.* 8.° del artículo 8.°

Fuero Juzgo.—*L. 7, tít. 5, lib. VI.*—Véase la Concordancia al *núm*, 8.° del art. 8.°

Fuero Real.—*L. 7, tít. 17, lib. IV.*—Véase la Concordancia al *núm*. 8.° del art. 8.°

Cód. brasil.—*Art.* 18. *Hay circunstancias atenuantes en los crímenes:*

1.° *Cuando el delincuente no tiene un pleno conocimiento del mal, ni la intencion directa de cometerlo.*

2.° *Cuando el delincuente ha cometido el crímen, por evitar un mal mayor.*

3.° *Cuando el delincuente ha cometido el crímen en defensa de su persona ó derecho, ó en la de su familia ó de un tercero.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 107. *Del mismo modo, y para el propio fin, se tendrán por circunstancias que disminuyen el grado del delito..... las siguientes:..... 3.ª, el haberse cometido éste por amenaza ó seducciones, aunque no sean de aquellas que basten para disculparle.*

Art. 621. Véase la Concordancia al *núm.* 4.° del art. 8.°

COMENTARIO.

1. Cuando las circunstancias que eximen de responsabilidad y cuya lista hemos visto en el artículo anterior, son circunstancias compuestas de diversidad de hechos: cuando cada uno de estos influye por su parte en aquel resultado, y la reunion de todos es la que lo obtiene; claro y natural es que, faltando alguno de los que deben hallarse, no puede haber completa justificacion, pero que, sin embargo, tampoco queda el delito íntegro y cabal, como existiria sin aquellas causas modificantes. Esto lo dice la razon: consagrándolo la ley, no ha hecho otra cosa que seguir y acatar sus inspiraciones.

2. Tomemos por ejemplo el caso de la defensa. Es este un derecho complejo, que há menester para producir sus resultados, de varias y capitales circunstancias. Eximirá al agente de responsabilidad, cuando por su virtud hubiere obrado, y no dejará en sus acciones ni áun la sombra misma del delito. Mas para que así sea, es necesario que se reunan los tres capítulos de que hemos hablado en el *número* 4.° del artículo anterior: es necesario que preceda una agresion ilegítima—que

haya necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla;—y, por último, que no haya precedido suficiente provocacion por parte de aquel que se defiende.—La suma de estos hechos, su concurrencia absoluta, es sólo, como dejamos dicho ántes, lo que justifica el acto de defensa ó repulsion.— Pero supongamos que todos esos motivos no se reunieron: supongamos que sólo hubiera el primero y el segundo, el primero y el tercero, ó bien el primero sólo. La exencion de responsabilidad no puede subsistir, ni por el buen sentido, ni por la ley. Mas la responsabilidad tampoco puede recaer, como si no encontráramos ningun motivo de excusa. Verdad es que quien mató defendiéndose cuando pudo haber excusado la muerte, ni para la conciencia ni para la sociedad debe llamarse inculpable; y sin embargo, ni la sociedad ni la conciencia le pueden confundir con el plenamente criminal, con el que mató y no se defendia. Lo que no llegó á ser justificante, porque le faltó alguna cosa para ello, tuvo, sin embargo, la suficiente importancia para disminuir, para modificar el delito. Una fraccion de lo que exime, atenúa.

3. Con todo, la manera en que está enunciada tal doctrina en el *número* que vamos examinando, hace necesarias algunas explicaciones. Su expresion de omnímoda generalidad, há menester reducirse á los casos en que verdaderamente y de un modo práctico es aplicable.

4. El *número* dice que son circunstancias atenuantes las declaradas en el capítulo anterior, cuando no concurren con todos sus requisitos. Nosotros hemos dicho además, «cuando son compuestas de diversidad de hechos y la reunion de todos ellos es la que exime de culpa.»—De seguro esta explicacion va subentendida en la ley; mas, á pesar de todo, bueno es advertirla, y no está de más el consignarla.

5. Las circunstancias exentivas de responsabilidad, que consigna el art. 8.°, pueden dividirse en tres clases. Primera: las que consistian en un hecho sólo, material, sujeto á pruebas externas, que hayan decididamente de ser ó no ser, en el que el ánimo judicial no tenga otro trabajo que fijar su vista sobre los documentos que lo declaran.—Tal es, y no hay otra, la contenida en el *número* 2.° El menor de nueve años, ó es ó no es en efecto tal menor. Su fé de bautismo lo dirá.

6. Segunda clase. Las que consisten tambien en un hecho solo; pero no material y tangible, sino moral, apreciable para la inteligencia, capaz de ofrecer grandes dudas, presentando numerosas dificultades á la decision judicial.—Tales son las de los *números* 1, 3, 9, 10, 11, 12 y 13. Aunque únicas y sin division material las condiciones enunciadas en estas categorías, no son sencillas como las del *número* 2.°, y no han de decidirse sólo por la presentacion de un documento. En cada una de ellas son posibles multitud de consideraciones morales, que si, concurriendo en un sentido, hacen fácil su resolucion, discordando y presentándose encontradas, la hacen, por el contrario, expuesta y dificultosa.

7. Tercera clase, en fin. La de los hechos evidentemente compuestos; la de las circustancias que incluyen otras y distintas circunstancias.—Tales son las de los *números* restantes, el 4, 5, 6, 7 y 8. Aquí la division es material, sin que por eso en cada una de las partes componentes no puedan existir, más ó ménos, las dificultades morales que señalábamos en las clases anteriores.

8. Realizado este análisis fundamental, procedamos á la aplicacion de la regla contenida en este *número*.

9. Desde luego es evidente que no puede comprender al caso de la primer categoría. El que se supone menor de nueve años, y lo prueba, no puede dejar de eximirse de toda culpa. Si no lo prueba, sale del *número* pretendido y entra en el siguiente; mas por el suyo propio, no le cabe atenuacion, ha de obtener siempre exencion de la responsabilidad. No es aquí aplicable la doctrina del *número* sobre que discurrimos ahora. No cabe division cuando no hay que dividir.

10. Por el contrario, en los casos de la tercera categoría, en los comprendidos y declarados por los *números* 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo anterior, es en los que esta doctrina cae de lleno y sin dificultad alguna. Ya hemos presentado un ejemplo sobre la defensa propia (4), y lo mismo podríamos presentarlos á centenares sobre la defensa de los parientes (5), sobre la de los extraños (6), sobre el mal causado en la propiedad agena (7), y sobre el mal de accidente ú ocasion (8). En todos estos supuestos, la division es natural, porque la ley exige varias circunstancias, y pueden muy bien hallarse las unas sin las otras. Aun en el último que á primera vista se presenta como simple, áun en ese, decimos, es posible la realizacion del mal por acaso, pero sin que haya concurrido la accion lícita, ó la debida diligencia. Es, pues, doble, y se puede dividir.

11. La verdadera dificultad que se encuentra para la doctrina de este *número* se halla en los casos del segundo órden, en los correspondientes á los *números* 1, 3, 9, 10, 11, 12 y 13 del artículo anterior. En todos estos casos, la circunstancia que exime de responsabilidad es simple y una de por sí: ella no se divide en otros hechos ó circunstancias materiales. Y sin embargo, moralmente es compuesta, moralmente puede ser completa, ó no serlo: de aquí, sus dificultades y sus dudas.

12. Un acusado de cierto hecho punible pretende (ó pretenden por él) que no ha cometido en realidad delito, porque estaba demente, porque estaba loco al realizar aquella accion. Otro que se halla en el mismo caso, y que tenia solo catorce años de edad, articula que carecia de discernimiento. Un tercero se dice violentodo por fuerza, ó cohibido por temor que cae en varon constante. El cuarto pretende que obraba en virtud de un derecho, que cumplia con una obligacion, que prestaba la debida obediencia á sus superiores. El postrero, por último, arguye con la imposibilidad material ó moral, como descargo completo de la omision que por delito se le imputa.

13. Todos estos casos, volvemos á decir, son simples: en todos ellos es una sola la condicion pedida por la ley, alegada por el presunto culpable. Mas esa condicion, única en sí, puede resultar de multitud de actos: esa condicion puede aparecer justificada hasta cierto punto, y no completamente justificada. El ánimo del juez, la conciencia de los que hayan oido y examinado las pruebas, pueden haberse convencido de que si no todo se justifica, tampoco es todo invencion, tampoco carece de fundamento todo lo que se expone en defensa del proceso.

14. No resulta, á la verdad, una locura completa; pero resulta, sí, un desarreglo intelectual, que á la locura se aproxima: esto se halla perfectamente justificado. No resulta la violencia ó el miedo que cae en varon constante; pero resulta que hubo amenaza, que se practicó la intimidacion: esto tambien aparece sin ninguna duda. No resulta la imposibilidad absoluta, omnímoda, invencible, para verificar el hecho por cuya omision se procede; pero resulta que habia dificultades notorias, considerables, trabajosas de vencer.—Y lo mismo decimos, y lo mismo puede figurarse, porque lo mismo puede suceder, en los demás casos de esta segunda categoría.

15. Hé aquí las circunstancias en que se puede aplicar á ellos el precepto del número de que tratamos. Hé aquí el único modo en que es posible esa division en unas condiciones que aparecen simples y únicas, consideradas en sí propias.—¿Será esta la voluntad, será la verdadera inteligencia de la ley?

16. Para nosotros no cabe duda en que lo es. Las razones para estimar separadamente los elementos de una condicion, son las mismas que para dividir de hecho las distintas circunstancias que pueden componerla. En el un caso hay solo trabajo material: en el otro es moral, y más difícil; pero uno y otro son del mismo género y del mismo carácter. Por lo ménos, uno y otro nos dan los propios resultados. La inculpabilidad procede, en un caso, de la suma de datos materiales; en otro, de la suma de datos morales. La atenuacion del delito, en vez de la inculpabilidad, procede, en el primero, de la sustraccion de alguno de los componentes de aquella suma: ¿por qué no ha de proceder y verificarse en el segundo, cuando tambien se puede realizar una sustraccion análoga en su suma respectiva?

17. Verdaderamente, la cuestion se halla reducida á este punto. Cada cual de esas condiciones en apariencia simples, está compuesta, y resulta del conjunto de multitud de datos morales. ¿Se puede rebajar alguno de ellos, quedando subsistentes otros? ¿No aparecerá entónces una fraccion que tendrá siempre su importancia?—Pues esto, sin duda alguna, equivale á lo que sucede en los casos materialmente compuestos, cuando falta uno de los hechos que le componen.

18. Quedamos, pues, en que la doctrina de este número es aplicable á todos los casos del artículo anterior, á excepcion del 2.°, que se refiere al menor de nueve años. En todos los restantes nos aparece de un mo-

do ó de otro, divisible la condicion de inculpabilidad; ora lo sea materialmente, ora lo sea por consideraciones morales. En todos ellos, pues, cabe la reduccion del más al ménos, que explicamos en este número: la irresponsabilidad concedida por la ley á tales circunstancias, puede siempre y en todos reducirse á mera atenuacion del crímen.

19. Pero es menester que hagamos aquí una advertencia. Es menester que no se confunda la suposicion en que discurrimos, el caso de que hablamos, con el verdaderamente diverso de que falten las pruebas para justificar la exencion de culpa que se hubiese articulado. Estas dos cosas, que alguno pudiera creer semejantes, es necesario distinguirlas y separarlas bien, porque sería un gran hierro el tomarlas por una misma, y acarrearia en la práctica perjudiciales consecuencias.

20. De lo que hemos hablado nosotros, y de lo que indudablemente habla la ley, no es de que se intente justificar una de las exenciones del art. 8.º, y por falta de pruebas no se consiga; es de que se justifique ménos de lo que se propone, pero que se justifique bien. Cuando faltan las pruebas, las presunciones de derecho están ahí para surtir sus resultados. La ley presume al hombre cuerdo; y si no se prueba completamente algo contra esta presuncion, por cuerdo debe pasar, y ser castigado por sus acciones. Mas la prueba puede ser completa y no alcanzar á todo lo que se ha querido. El desarreglo mental puede estar perfectamente justificado, sin llegar á ser locura. La prueba produce un pleno conocimiento, mas no de todo lo que se intentaba acreditar. Este es, volvemos á decir, este es nuestro caso; y no aquel en que la prueba es oscura, y en que no se descubre por ella la verdad, ni del todo ni de parte de lo alegado.—No sirven para atenuar los delitos las pruebas incompletas de un motivo de irresponsabllidad, sino las pruebas completas de una parte de esos motivos: no una fraccion de la prueba, sino la prueba de una fraccion.

21. Por lo demás, la disposicion de este *número* está casuisticamente reconocida desde nuestro antiguo derecho. Las leyes de Partida del Fuero Juzgo y del Fuero Real, que en las Concordancias hemos citado, hacen ver que el principio de justicia de donda dimana, era ya notorio á los legisladores de la edad media. Tambien éstos encontraban que los motivos de justificacion podian ser divisibles, y que cuando sólo concurria una parte de ellos, ni se borraban los delitos, ni era natural y justo el castigarlos severamente. Hé ahí las circunstancias atenuantes.

Artículo 9.º (Continuacion.)

«2.ª La de ser el culpable menor de diez y ocho años.

»3.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*De regulis juris, 108. Ferè in omnibus poenalibus, judicis..... aetate..... succurritur.*

Lib. XLVIII, tít. 19, l. 16.—Véase en nuestro Comentario el epígrafe de este capítulo, núm. 7.

Partidas.—*L. 4. tít. 19, P. VI.—Si el mayor de catorce años et menor de veinte y cinco fuese acusado..... Mas de todos los otros yerros, assi como de homicidio, o de furto o de los otros semejantes que ficiese, non se puede excusar por razon que es menor, solo que sea de edat de diez años et medio arriba cuando lo face, porque el mozo de tal tiempo tenemos que es mal sabido, et que entiende estos males cuando los face; pero non les pueden dar tan grant pena como á los otros mayores.*

L. 7. tít. 31, P. VII.—Véase la Concordancia á los *números* 2 y 3, artículo 8.°

L. 8, tít. 31, P. VII.—Véase en nuestro Comentario al epígrafe de este capítulo, número 8 *(a* y *b).*

Cód. aust.—*Art. 39. Las circunstancias atenuantes relativas á la persona, son:*

1.ª *Si el culpable no ha cumplido veinte años de edad, si es de espíritu apocado, ó si su educacion ha sido descuidada.*

Cód napol.—*Art. 66. Cuando el culpable sea mayor de catorce años y menor de diez y ocho, las penas de muerte, del ergástolo* (1), *y de cadena en cuarto grado, se sustituirán por la de cadena de presidio.—Las demás penas criminales se aplicarán rebajadas de uno á dos grados, y la de cadena se cumplirá siempre en presidio.*

Sólo los parricidas serán castigados con la pena de muerte, cuando hayan cumplido diez y seis años.

---

(1) Trabajos perpétuos y durísimos.

Cód. brasil.—*Art* 18. *Hay circunstancias atenuantes en los crímenes:*

. . . .

1.ª *Cuando el delincuente es menor de veintiun años.*

Si es menor de diez y siete, y mayor de catorce años, podrá el juez, segun su prudente arbitrio, aplicarle la pena de los cómplices.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 107. *Se tendrán por circunstancias que disminuyan el grado del delito..... 1.ª La corta edad del delincuente, y su falta de talento ó de instruccion.....*

COMENTARIO.

1. Del asunto de este *número* hemos hablado ya en el Comentario á los 2.° y 3.° del artículo anterior. Allí vimos las relaciones que establecia la ley entre el discernimiento y la edad. Allí señalamos los cuatro periodos en que divide á esta. Allí distinguimos el tercero como el de las circunstancias atenuantes. En el primero de todos, hasta los nueve años, la ley negaba el discernimiento. En el segundo, no lo suponia, pero confesaba su posibilidad. En este tercero, ya lo supone, pero no perfecto, no absoluto.

2. Materialmente, y en la esfera de la ejecucion, no puede ocurrir con esta doctrina dificultad alguna. En tanto que no se llega á la referida edad, no es lícito imponer el todo de la pena. Se impondrá más ó ménos, segun sean las demás circunstancias. Dentro del límite de lo atenuante, el juez calificará los méritos y el discernimiento del encausado. Pero aquel límite la ley le ha prohibido que lo franquee.

3. Moralmente, y en la esfera de la crítica, si es inatacable el principio en que se funda este *número*, quizá no lo es tanto el mismo límite que señala. ¿Por qué diez y ocho años, y no diez y siete, ó diez y nueve ó veinte?—Estos términos son prudenciales; pero la ley debe cuidar que exista la posible armonía entre los diversos que establezca. Teniendo el propósito, como la comision de códigos lo tiene, de fijar la mayoría de la edad á los veinte años, ¿por qué no fijar en este plazo mismo el límite de las circunstancias atenuantes?—Precisamente ese límite, la responsabilidad absoluta de las acciones, y la mayoría de edad, tienen un solo y único orígen, la perfeccion del discernimiento. ¿Por qué, pues, diez y ocho años en un caso, y veinte años en otro?

Artículo 9.° (Continuacion.)

«3.ª La de no haber tenido el delincuente intencion de causar todo el mal que produjo.

»4.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—*Art.* 391. *Si el culpable voluntario de heridas ó lesiones ha cometido un crímen mayor que excede en sus consecuencias el objeto del delincuente, será castigado con la pena del crímen mayor disminuida en uno ó dos grados....*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 626. *El que mata á otro sin intencion de matarle, pero con la de maltratarle ó herirle, será reo de homicidio involuntario, y sufrirá la pena de.....*

COMENTARIO.

1. Desde el primer artículo de este Código, párrafo 3.°, encontramos ya establecido el que ejecutase voluntariamente un hecho, sería responsable de él, é incurriria en la pena que la ley le señale, aunque el mal hubiese recaido en persona distinta de aquella á quien se proponia ofender.

2. Discurriendo nosotros acerca de ese precepto, encontramos que la variacion de persona, objeto del delito, podia alterar si no la naturaleza, por lo ménos la importancia de éste. Así como el que quisiera cometer un parricidio, podia, por efecto de aquella, cometer un homicidio sólo, así tambien, el que á sólo un homicidio se encaminara, podia de hecho cometer aquel otro delito mayor y más horrible. La discorcordancia entre la intencion y la obra nos presentó un problema, que tratamos de resolver en el núm. 63 de aquel Comentario. «El grado menor, el grado más próximo á la inocencia, es—dijimos—el que califica y determina la naturaleza del crimen. En aquel grado es en lo que convienen el hecho y el intento. Lo que el uno de los dos tenga más

que ese grado, aquello es singular, aquello ó no es accion ó no es voluntario, y por consiguiente no puede influir en la naturaleza del delito.»

3. Consecuencia de esta misma doctrina, y supuestos análogos, si no iguales, á los que allí presentábamos nosotros, son la doctrina y los supuestos que en este número nos ofrece la ley. Hay discordancia entre la intencion y la obra; y esta discordancia resulta de haber sido la obra más dura, más grave, más punible que la intencion. Quísose dar un golpe, y se mató: quísose herir á un extraño, y se hirió á un hijo ó á un padre. El mal causado es mayor que el mal querido: lo material y lo moral de la obra, lo hecho y lo intentado, no han sido acordes. No pretendia hacer el agente todo el daño que hizo.

4. El *número* dice que en este caso hay circunstancias atenuantes: que no puede exigirse al criminal toda la responsabilidad de la accion que realmente cometiera. Y la ley dice bien: porque la razon, porque el buen sentido, porque la conciencia pública, no consentirian que se obrase de otro modo.

5. Ahora, en el precepto que nos ocupa, y en vista de su letra y de su espíritu, es menester que añadamos algunas breves observaciones para comprenderlo con la deseada perfeccion.

6. Primeramente, queremos advertir que la ley dice «*todo el mal* que produjo,» y supone por lo mismo que el actor de quien habla, se proponia causar ó producir *algun mal*. Y justamente se lo propone, y parte de tal supuesto en este caso; pues si hubiera obrado sin esa intencion; si hubiera sido en su ánimo inocente; si el mal hubiese ocurrido por casualidad tan sólo; entonces no sería aquí donde habríamos de buscar el oportuno derecho, ni serian tal vez las circunstancias atenuantes el único beneficio que sacara de su intencional inocencia.—Aquí nos ocupamos únicamente de hechos que exceden al propósito, pero que se derivan de un criminal propósito.

7. En segundo lugar, no debe perderse de vista que esta calificacion de las intenciones contrarias á los hechos, ofrece frecuentemente de suyo insuperables dificultades. Todos los medios de prueba se pueden, á la verdad, emplear para justificarla; pero á excepcion de muy pocos, de los que deriven de la forma y accidentes del acto mismo, los demás presentarán obstáculos inmensos para aplicarse con éxito feliz. Podemos creer que quien hace uso de un palo para herir á su víctima, pudiendo hacerlo de una espada ó de un cuchillo, no tenia gran propósito de matarla; pero quien tiró, por ejemplo, con arma de fuego, difícilmente justificará que su intencion se limitaba á causar una herida, y que sólo fué accidental é imprevista la muerte que sobreviniera. Esa presuncion de tan extremada destreza, no es admisible en el mundo, porque no puede presumirse. Quien se vale de medios que ordinariamente causan todo el mal; de todo el mal, y no de una parte tan sólo, es responsable. La presuncion del derecho consiste en que hemos que-

rido ejecutar lo que hemos ejecutado. Para admitir otra cosa, se han menester pruebas muy completas, que en la mayor parte de los casos son harto difíciles.

8. En resúmen: ninguna duda respecto al principio, pero mucha y muy grande en la ejecucion; hé aquí nuestro juicio acerca de este *número* en que acabamos de ocuparnos.

Artículo 9.° (Continuacion.)

«4.ª La de haber precedido inmediatamente provocacion ó amenaza de parte del ofendido.

»5.ª La de haberse ejecutado el hecho en vindicacion próxima de una ofensa grave causada al autor, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos ó afines en los mismos grados.

»6.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. brasil.—*Art. 18. Hay circunstancias atenuantes en los crímenes:*

. . . .

4.° *Cuando el delincuente ha cometido el crímen por vengarse de una injuria grave ó deshonra, causadas al autor, ó á sus ascendientes, descendientes, cónyuges ó hermanos.*

. . . .

6.° *Cuando el ofendido ha sido el agresor.*

7.° *Cuando el delincuente ha cometido el crímen excitado por amenazas.*

8.° *Cuando el delincuente ha sido provocado.*

La provocacion será más ó ménos atenuante, segun sea más ó ménos grave ó reciente.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 107. Se tendrán por circunstancias que disminuyan el grado del delito..... las siguientes.... 3.ª, el haberse cometido éste por amenazas ó seducciones, aunque no sean de aquellas que bastan para disculparlo.*

Art. 623. El que mate al que le provoca por alguna otra ofensa, injuria ó deshonra grave, que fuera de..... haga en el mismo acto del homicidio, bien al propio homicida, bien á otro que le interese, sufrirá

una reclusion de dos á diez años, y cuatro más de destierro, en los términos expresados. Iguales penas sufrirá el que mate á otro con el fin de evitar algun peligro, ultraje, violencia, ó deshonra grave, que..... tema fundadamente en el acto mismo del homicidio, sea contra sí propio, ó contra otra persona que le interese.

COMENTARIO.

1. Los dos *números* 4 y 5 de este artículo, que acabamos de trasladar, y el 7.° de que nos ocuparémos despues, tienen entre sí singular analogía. A decir verdad, es uno propio el principio que los ha inspirado. La ley se detiene delante de pasiones, que si no son legítimas, son concebibles, y hasta cierto punto excusables; y si no justifica á los que obran en virtud de ellas, por lo ménos los contempla con piedad, y no se muestra inexorable con lo que es más débil que perverso, más deplorable que peligroso. No está en su mano el olvidarse de que somos hombres, ni el dejar de tener en cuenta las miserias humanas.

2. Seria una cosa bella, una cosa heróica, que la amenaza y la provocacion nos dejasen impasibles. A obtener y á conseguir esa tranquilidad de ánimo, deben sin duda alguna dirigirse nuestros esfuerzos: la razon y la religion nos lo aconsejan concordemente. Pero esa tranquilidad doseada, ideal de lo bueno y de lo virtuoso, no siempre la poseemos, aun los mismos que proclamamos su excelencia. Bulle la sangre en nuestro corazon: enciéndesenos el rostro cuando se nos provoca: álzase naturalmente una fuerza en nuestro espíritu, que tiende á repeler con hechos las amenazas, con males positivos las injurias y los ultrajes. Tal es el hombre más honrado, más inocente; se ciega en estos momentos, y se halla, casi sin pensarlo, convertido en criminal.

3. Las leyes no pueden acoger estos motivos como causa de justificacion. Sólo lo es en este género la defensa, cuando concurren á legitimarla todas las circunstancias que en su lugar le señalamos. Pero las leyes tampoco pueden dejar sin importancia alguna esos hechos de que nos ocupamos ahora. Si no son bastantes para justificar, al ménos es necesario que atenúen.

4. Surten, pues, este efecto la amenaza y la provocacion. Cuando un hombre herido por ellas se revuelve, y daña á su vez á quien le provocara ó amenazara, si no da muestra de longanimidad, no la da tampoco de una perversidad horrenda. Condenándole el mundo, puede estimarle y compadecerle. Imponiéndole castigo por el mal que ha hecho, todavía no le mira con horror como á un ser degradado. Aquel dicho «compadece al delincuente» de las escuelas sentimentales, se aplica aquí mejor que en cualquiera otro caso posible.

5. Una sola condicion establece y fija la ley, para que recaigan esas

circunstancias atenuantes: la de que la amenaza ó la provocacion hayan sido *inmediatas* ántes del hecho. La razon es muy sencilla. Lo que excusa en cierto modo, lo que atenúa los delitos de que tratamos ahora, es el arrebato que nos conduce acaloradamente á delinquir. Si pasado ese arrebato, esa pasion, ese temor, que la provocacion ó la amenaza determinan de un modo súbito, permanece todavía el ánimo de dañar; entónces, la realidad de aquellos motivos se desvanece, y el frio y reflexivo carácter del delito comun aparece con su triste forma. No es ya el criminal un objeto de lástima; eslo de temor y de repulsa. Extínguese la simpatía, y nace la alarma en los corazones de todos. Las circunstancias atenuantes han desaparecido. ¡Qué diferencia, en efecto, entre la repulsa de una provocacion, y la venganza reflexiva de esa misma, muchas semanas despues!

6. Y sin embargo, tambien la venganza puede ser circunstancia atenuante. El *número* 5.° declara cuándo y con qué condiciones, cabe que se verifique este caso. Hasta tal punto lleva la ley su justa indulgencia y su reflexiva prevision.

7. Esa venganza, en primer lugar, ha de ser próxima: en segundo, ha de ser de ofensa grave: en tercero, ha de ser de ofensa causada á uno propio, ó á los más inmediatos de su familia.

8. Respecto á la primer condicion, débese observar que no se usa aquí la misma palabra de que se habia usado en el anterior *número*. En él, hablándose de provocaciones ó de amenazas, decíase que la repulsa las debia seguir *inmediatamente*, para ser excusable ó atenuable por ellas. Aquí, hablándose de las ofensas, se dice que su vindicacion ha de ser *próxima*, para alcanzar el mismo resultado. *Próximo* é *inmediato* no son una misma cosa. La inmediacion excluye toda idéa de tiempo intermedio, y supone actos consecutivos. La proximidad indica sólo que es una breve dilacion la que ha mediado. No es inmediata la obra que sigue á una precedente, al cabo de una hora; no deja de ser próxima la venganza que se dilata por dos dias. Lo primero es más preciso y rigoroso; lo segundo, más vago y prudencial.

9. En cuanto á la justicia de esta distincion, no cabe duda en que salta á los ojos. Una provocacion no es lo mismo que una ofensa. Una provocacion hiere nuestra susceptibilidad, nuestro amor propio; una ofensa hiere nuestra honra. La primera excita sólo la cólera; la segunda toca á puntos más delicados segun la religion del mundo, y trae naturalmente, ó puede traer la vindicacion. La ley y la moral deben ser mucho más severas respecto á la una que respecto á la otra. Por eso, allí se exige para la atenuacion de que tratamos, que el acto que en cierto modo hemos de disculpar, no se dilate ó retarde ni un instante solo; que suceda inmediatamente: por eso, aquí solo se demanda que sea próximo, lo cual, como hemos dicho, es vago, y se presta á apreciaciones prudenciales.

10. Segunda condicion: *gravedad* de la ofensa que ha dado causa al

delito.—La palabra *ofensa* tiene sin duda una extension demasiado grande como demasiado notoria, para que no fuese menester calificarla y fijarla en este lugar. Desde lo más fútil hasta lo más enorme, todo puede entrar en su inmenso cuadro. Una palabra mal sonante dicha en presencia de algunas personas es una ofensa, como que es una falta de respeto. Desde ahí hasta otra ofensa real, que deje vulnerado el honor, lastimada la reputacion, imposibilitado á un hombre de presentarse entre sus semejantes, que lo arroje de la sociedad, el camino, como se vé, es dilatado, y los pasos de esta escala son numerosos. Ahora bien: la ley no podia igualar todo género de ofensas, para este efecto de producir atenuacion en los delitos: puede haberlas tan débiles, que, sinceramente, no se deban estimar causas de verdadero y excusable arrebato. Es menester para ello que lleguen á cierto grado de importancia; salvo que, despues, segun sea mayor ó menor esa importancia misma, así resulte la atenuacion más ó ménos poderosa. Es menester que sean *graves*: si no lo son, nada pueden excusar, nada atenuar.

11. Por de contado, esa expresion *grave* es una palabra vaga, variable, relativa. Ningun signo material, ninguna condicion asignable y definible, distingue y señala bien lo que es grave, en medio de lo que no lo es. Hallamos aquí una cuestion de sentimiento, é invocamos una resolucion de prudencia como en tantos otros casos. Y lo hacemos justamente porque las razones que inspiran á la ley no consentirian otra cosa. Un mismo hecho ofensivo ó injurioso puede tener muy distintos caractéres, y ser grave ó no serlo, segun se dirija á estas ó aquellas personas, segun se realice en este ó en aquel tiempo ó lugar. Esa expresion mal sonante de que hablamos, es un hecho sin importancia entre personas iguales, es una falta de educacion con otros, es un escándalo en ciertos momentos ó en ciertos sitios, es, en fin, un desacato dirigiéndose á superiores. Lo que de estos decimos, de toda ofensa y de toda injuria en general puede decirse. Por eso ha hecho bien la ley renunciando á fijar lo que no podia fijarse de suyo, y cometiendo á la prudencia lo que ésta solo podia resolver.

12. Tercera condicion del *número* 5.º: que esa ofensa grave haya sido causada al mismo que la vindica, ó á alguno de los próximos parientes que el *número* señala.

13. En efecto, las ofensas de familia, ó al ménos ciertas ofensas de familia, recaen sobre nosotros, tanto como si á nosotros mismos se nos hubieran hecho. Así está constituida la sociedad. Ese lazo que la naturaleza ha puesto entre los individuos, lleva como uno de sus misterios este resultado que no calificamos ahora. Gozamos con la honra de nuestros parientes, y somos afectados, somos deshonrados con su vergüenza. Las leyes, que á veces han reforzado esta disposicion natural, y que á veces han tratado tambien de aflojarla y limitarla, no desconocen al ménos que existe, y no pueden prescindir de ella en muchas de sus disposiciones. Tal, y una muy notable, es la que ahora consideramos.

Nuestro Código ha reconocido que ofensas graves hechas á nuestros más íntimos parientes podian arrastrarnos, ora por impulso propio, ora por necesidades sociales, á su vindicacion. La importancia de esta excusa no ha podido ménos de serle notoria; y la atenuacion que ha pronunciado para el delito, cuando es motivada por una ofensa grave causada al que lo comete, esa misma ha pronunciado tambien para el delito propio, cuando lo es por ofensa del mismo género al cónyuge, á los ascendientes, á los descendientes, á los hermanos del que los vengó.

14. ¿No hubiera debido decirse otro tanto respecto de las ofensas hechas al amigo?—La amistad es ciertamente el parentesco de las almas; y nada habrá tan comun como el que se sientan semejantes injurias, aún más profundamente que las hechas á un hermano ó á un hermano político. Pero ¿á dónde iríamos á parar, en primer lugar, admitiendo esa doctrina, y hasta qué punto de vaguedad espantosa seríamos conducidos? ¿Qué cúmulo de improvisadas amistades no haríamos nacer?—Y por otra parte, si en semejante caso era posible una más viva espontaneidad en el autor del delito, no debemos perder de vista que tambien faltaban las razones ó condiciones sociales que hemos indicado en la vindicacion de los parientes. La sociedad echa sobre nosotros las ofensas que deshonran á nuestra familia, algunas de ellas por lo ménos, pero no nos hace padecer las sufridas por nuestros amigos. Esto decide la cuestion y justifica á la ley.

15. De todos modos, son unas interesantes causas de atenuacion las que en estos *números* se expresan, y una necesaria, pero muy grande autoridad la que se confia en este último á la prudencia de los tribunales. La *proximidad* de la vindicacion y la *gravedad* de la ofensa son dos puertas que se abren á éstos, para que dejen salir por ellas á la desgracia, á la irreflexion, á los sentimientos no inocentes, pero sí concebibles y generosos; para que las cierren y las obstruyan al verdadero crímen. Hé aquí la obra que la ley no puede más que indicarles: á ellos toca el ejecutarla.

16. No concluirémos este comentario sin recordar que bajo los *números* en cuestion, y limitados por consiguiente á su atenuacion de delito y de pena, están los casos que señalábamos nosotros como dignos de eximirse de toda culpa, en el apéndice al art. 8.°, números 11, 12, 13 y 14 (páginas 180 y 181). Nada añadirémos aquí sobre ellos, habiendo consignado en aquel lugar lo que es la ley, y lo que es nuestra opinion.

Artículo 9.° (Continuacion.)

»6.ª La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando ésta no fuere habitual ó posterior al proyecto de cometer el delito.

»Se reputa habitual un hecho cuando se ejecuta tres veces ó más con intervalo á lo ménos de veinticuatro horas entre uno y otro acto.

»7.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 6, tít. 2, P. VII.—Et por ende decimos que si alguno dixiere mal del rey con bebdez..... non deve haver pena por ello, pues le face estando desapoderado de su seso, de manera que non entiende lo que dice.*

L. 5, tít. 8, P. VII.—Ocasiones acaescen a las vegadas de que nascen muertes de homes, de que son en culpa et merescen pena por ende aquellos por quien avienen, por que non pusieron hi tan grant guarda como debieran, o ficieron cosas enante por que avino la ocasion: et esto serie como si..... alguno se embriagase, de manera que por la bebdez matare a otro; ca por tales ocasiones como estas, o por otras semejantes dellas que aviniesen por culpa de aquellos que las ficiesen, deben seer desterrados por ellas los que las ficieron, en alguna isla por cinco años, porque fueron en culpa, non poniendo ante que acaesciese aquella guarda que pudieran poner.

Cód. aust.—2.ª *parte. Art. 367. La embriaguez es punible respecto al que en ese estado ha cometido un hecho que sin ella, seria considerado como delito.*

La pena es..... y se impondrá con agravacion si el delincuente sabe por experiencia que en tal estado padece acceso de violencia. Tratándose de atentados gravísimos se le impondrá la pena de.....

Cód. brasil.—*Art. 18. Hay circunstancias atenuantes en los crímenes:*

. . . .

9.° *Cuando el delincuente ha cometido el crímen en estado de embriaguez.*

Para que la embriaguez sea tenida como circunstancia atenuante, es necesario: 1.°, que el delincuente no haya formado el proyecto del crímen ántes de ponerse en tal estado: 2.°, que no se haya embriagado para animarse á perpetrar el crímen: 3.°, que no tenga costumbre de cometer crímenes cuando se halla en tal estado.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 26. La embriaguez voluntaria y cualquiera otra privacion ó alteracion de la razon de la misma clase, no serán nunca*

disculpa del delito que se cometa en este estado, ni por ella se disminuirá la pena respectiva.

COMENTARIOS.

I.

1. La cuestion de la embriaguez es una cuestion difícil. Si no nos lo dijera nuestro propio ánimo, nos lo diria la diversidad con que la resuelven las leyes. Algunas no la mencionan, dejándola sujeta á la mera aplicacion de los principios generales. Otras la deciden en contrarios sentidos. El código de Austria, por ejemplo, penando en ciertos casos la embriaguez misma, disculpa absolutamente los actos punibles cometidos en ella. El nuestro de 1822 la negaba todo poder de atenuar la responsabilidad y la pena. No se pueden discurrir dos resoluciones más contradictorias. Otras leyes, en fin,—y la nuestra actual se halla en este caso,—distinguen, contemporizan, y adoptan el recurso de las circunstancias atenuantes.—Todo ello es prueba de la dificultad de la cuestion.

2. Breve, pero completamente, segun nuestra costumbre, nos proponemos nosotros examinarla. De ello resultarán la inteligencia y el juicio de lo que dice la ley.

3. Ante todas cosas, existe esta primer duda en la materia de que nos ocupamos: ¿priva ó no priva la embriaguez, del discernimiento y de la razon?—Que en ella hay perturbacion de nuestras facultades mentales, es un hecho notorio é inconcuso á todas luces: mas el grado en que esta perturbacion se verifique, el punto á que llegue ese desórden, lo completo é incompleto de aquella privacion, es una dificultad tal vez insuperable, cuando se procede de buena fé, y se quieren buscar soluciones sintéticas y comprensivas. Los ejemplos abundan en uno y otro sentido: los ébrios que pierden la memoria y la conciencia de sí, son tan comunes como los que sólo ven sobreexcitadas sus pasiones, y que, perdiendo la modestia social, descubren claramente y con una desvergonzada jactancia el cinismo de sus más ocultos pensamientos. Si á veces la embriaguez hace decir lo que no se pensara, tambien á veces se descubre lo que se habia pensado y guardado.

4. No queremos todavía inferir de aquí, y de aquí sólo, nada contra los ébrios. Queremos únicamente que no se pierdan de vista esas verdades. Queremos tan sólo que no se les confunda con los dementes, ó faltos de razon, sobre todo en los principios de la embriaguez. Cuando ésta llega á su término, entónces sí que el que la padece se convierte en un bruto, ó por mejor decir, en un tronco. Pero entónces, por lo comun, está postrado, y nada puede ni para el mal ni para el bien. No suelen ser esos ébrios los que dan ocasion á las leyes penales.

5. A esa primera dificultad síguense otras sobre el carácter de la embriaguez misma. Esta puede ser voluntaria, y puede no serlo. Siéndolo, cabe que se haya hecho con mala intencion, es decir, con el propósito de predisponerse para la comision de un acto punible: cabe que se haya hecho sólo con culpa, es decir, sabiendo que cuando se está bebido es más fácil cometer semejantes actos: cabe, por último, que se haya caido en ella con completa inocencia, esto es, pensando sólo en el goce físico y sensual de beber, y sin dar cabida, ni tener la idéa de que pudieran sobrevenir desgracias ó culpables posibilidades. Estos tres casos son distintos; y si por la impotencia de calificarlos en la práctica puede prescindir de su análisis el legislador, no así el moralista ni el filósofo, quienes no están autorizados á desconocer ninguna de las circunstancias especiales que caracterizan nuestras acciones.

6. Todavía encontramos algun estado, alguna situacion más tratándose de las personas ébrias. Hay algo en esta materia que es el colmo de la degradacion y de la ignominia: la embriaguez habitual. Primero de todos los vicios en fealdad y en asco, la borrachera de costumbre es el más repugnante, el más odioso de cuantos motivos de justificacion ó de atenuacion han ocurrido á nuestra inteligencia. Esa degradacion constante llegá al término de la repugnancia en este punto: pasion verdaderamente bestial, con cuya bajeza no puede compararse ninguna otra: embrutecimiento sobre todos los posibles, cuyo fango es más vil, más sucio que todo otro fango.

7. El *número* que nos ocupa, ha descartado desde luego esa embriaguez habitual. Quien de ella se encuentra poseido, ni por justicia ni por indulgencia puede reclamar la irresponsabilidad de sus obras. Total y parcialmente se la niega la ley. Ni hay para él justificacion ni atenuacion.—Y la ley obra en esto, si con severidad, tambien y sin duda alguna, con justicia. Los vicios no han de ser causa para eximirse de la responsabilidad en los crímenes. Quien no sólo cae, sino que permanece en ellos, ni puede ignorar, ni quiere evitar sus consecuencias. Pague, pues, la pena de sus obras; resígnese al resultado de lo que seguramente habia de prever. No hubo ignorancia: hubo voluntad, hubo culpa.

8. Aprobamos, pues, en esta parte, el precepto de la ley, y ni áun concebimos que pudiera ser de otro modo. La embriaguez no excusa al que habitualmente se embriaga.

9. Mas al lado de ésta hay otra disposicion que no nos parece tan justificada ni sencilla. La ley no excusa tampoco al ébrio que comete un delito, cuando el proyecto de éste fué anterior á la embriaguez, es decir, cuando se habia concebido el primero ántes de caerse en la segunda.

10. Acerca de esta disposicion, nuestra inteligencia nos ofrece tres casos diversos, que es necesario examinar si la ley confunde, y si en justicia pueden confundirse.

11. Concibo *(a)* la idéa de un delito, y doy quizá para ella algunos pasos, pero que no constituyen tentativa; de modo que permanezco en una situacion irresponsable. Mas la reflexion ó el arrepentimiento dominan en mi idéa: rechazo la tentacion, y me decido á no cometer la accion que imaginara. El proyecto fué, pero quedó abandonado.—Si despues de tales antecedentes, me embriago por casualidad; si la embriaguez me despierta un propósito que yo habia combatido y vencido, ¿podria estimarse que esa circunstancia, esa embriaguez misma, es inútil, completamente inútil, para la atenuacion de mi responsabilidad? ¿Deberá decirse: es cierto que hay embriaguez, pero el proyecto de cometer el delito es anterior á ella?

12. Segundo caso *(b)*. Se ha tenido la idéa del delito, se ha resuelto ejecutarle, está formado su proyecto; pero no se ha emprendido aún, porque no ha llegado la hora. Entre tanto, el individuo que lo ha proyectado, se embriaga. Mas esta embriaguez no es hecha de propósito, relativamente á aquella accion: es casual, es inesperada. Ella, sin embargo, precipita lo que estaba pensado ántes: el hombre ébrio ejecuta lo que el hombre en el estado natural proyectó.—¿Caerá, decimos, en este segundo caso el precepto de la ley? ¿Se extinguirá en él la circunstancia atenuante?

13. Suposicion tercera *(c)*. Se ha concebido un propósito criminal: y para ejecutarle con decision y valentía, bebe y se embriaga el que ha de llevarlo á cabo. La embriaguez no es casual, como en los casos anteriores; es reflexiva, es de intento, es un medio para asegurar la comision del delito.

14. En este tercer caso no es permitido preguntar si habrá atenuacion del castigo, porque ni un solo momento puede pensarse en ella. Aún cabrá algunas veces la idéa de premeditacion, cuando tales actos se verifiquen, y habrá por tanto circunstancias agravantes. Disminucion, nunca será posible en vista de semejantes hechos.

15. Pero ¿qué sucederá repetimos, en el primero y en el segundo *(a* y *b)* de que hemos hablado?

16. A nuestro modo de ver, en el primero *(a)* se darán las circunstancias atenuantes. Nada importa que el proyecto del crímen hubiese ántes existido, si á la sazon de embriagarse no existia. Lo que *ya* no es, no es. El arrepentimiento y el desistimiento borran la culpa, cuando no se habia puesto en ejecucion, y se hallaba aún en la esfera de las posibilidades.

17. No sucede lo mismo, segun la ley, en el caso segundo *(b)*. A esta suposicion se aplican plenamente las palabras del *número*. El proyecto existia, y habia sido resuelto en estado de juicio. La embriaguez posterior no ha de justificar al que en la plenitud de su inteligencia lo habia preparado, y que en la plenitud de su fuerza lo ejecuta. No fué hijo de la perturbacion mental, pues que habia nacido moralmente ántes que ocurriese ésta. Si, pues, ella le dió el ser, tampoco puede excusarle.

Dispuesto por el hombre inteligente, el hombre sensible padecerá la pena.

18. Así discurre la ley. Quizá en algun caso será fuerte y severa su determinacion; porque quizá en algun caso, sin la embriaguez no habria llegado á ejecutarse el crímen, por más que estuviese proyectado ántes. Sin embargo, aunque rigorosa, no la podemos llamar injusta. Su argumento se funda en sólidas razones, y la práctica no lo destruirá de seguro con sus consecuencias prudenciales, en el mayor número de los casos.

19. Una cosa, empero, debemos advertir sobre esta disposicion de la ley. Nótese bien que usa de la palabra *proyecto* de cometer el delito, y que semejante idéa no puede sustituirse por otra de ménos alcance é importancia. No bastará que haya pasado por la imaginacion de alguno la posibilidad de un crímen; no bastará que le haya concebido, que haya tenido su idéa, que le hubiera deseado ó hablado de él como de una cosa apetecible. Es menester que existiera el *proyecto* ántes de su embriaguez, para que le sea imputable, plenamente imputable, y sin atenuacion alguna. El *proyecto* es algo formal, algo decidido, algo resuelto. Téngase presente que para esta averiguacion vamos á entrar en una esfera y en un terreno peligroso, en la esfera y en el terreno de los actos interiores; y no nos lancemos con facilidad tras de cualquier sombra leve, tras de cualquier expresion sospechosa é impremeditada.

20. Un punto aún nos queda que fijar en esta materia, para completar la explicacion de la ley; á saber, el punto de la presuncion.—¿Cuál es ésta, segun la ley misma, en el caso de haberse cometido un crímen, hallándose ébrio el que lo realizara? ¿Es por ventura que el proyecto del crímen habia precedido á la embriaguez? ¿Es, por el contrario, que no la precediera?

21. Las palabras del *número* y la construccion entera de su frase, convencen incuestionablemente de esto último. La idéa que en él predomina es la de que la embriaguez constituye una circunstancia atenuante. Son excepciones de esta regla los dos casos que en contrario indica; y, como tales excepciones, esos casos no se presumen, y es menester que sean plenamente justificados.

22. Ahora, concluido ya el particular exámen de estos mismos, descartada la cuestion de la embriaguez de esas accidentales circuntancias, viniendo á la regla general que el *número* establece, estamos en el derecho de demandarnos qué juicio formamos de esta misma, y si prestamos nuestra aprobacion á la doctrina que se descubre en sus resoluciones. Esa regla consiste en que la embriaguez ordinaria, la no habitual, la que no es posterior ó consiguiente al proyecto de delinquir, tiene por resultado la atenuacion de los delitos cometidos durante ella. ¿Es esto justo? ¿Es esto conveniente?

23. En la gran mayoría de los casos, siempre que la embriaguez es voluntaria—francamente lo decimos,—parécenos la ley de completa jus-

ticia. Verdad es que obra perturbado, y quizá sin razon el agente, mas á eso se exponia bebiendo, y tales consecuencias arrostraba por un hecho de su voluntad. Todos sabemos la posibilidad de esa perturbacion, y la posibilidad en ella misma de acciones poco conformes á nuestros deberes. No hay, pues, plena inocencia en el que por su voluntad se embriaga. Concedámosle que no se proponia hacer todo el mal que hizo; mas se aventuraba de seguro ó á aquello propio, ó á algo semejante. Encuéntrase en el mismo caso que quien corre un caballo en un lugar por donde pasa gente: no quiere matar á nadie, pero se arroja sabidamente al peligro de hacerlo. Hay imprudencia, hay culpa, falta la *diligencia debida* de que hablaba la ley en los daños casuales ó accidentales. No debe haber, pues, irresponsabilidad, sino sólo atenuacion.

24. Añádase á esto la dificultad que señalamos al principio, acerca de decidir los grados ó quilates de perturbacion mental que ha producido la embriaguez, y tendrémos completamente justificada como regla la doctrina de la ley.

25. Pero ¿no deberia comprender como excepcion algun caso de embriaguez involuntaria? El que no se ha excedido de lo que sus fuerzas ordinariamente le permite que beba, y ora sea por una desgracia, ora por un fraude horrible de que le hacen víctima, se embriaga y pierde la razon, ¿no deberá ser eximido de toda responsabilidad, si en ese estado, que no le es de ningun modo imputable, que debe suponerse le repugna y aflige, comete algun hecho de desgraciadas, fatales consecuencias? ¿Quién será el juez que lo condenará? ¿Cuál seria el legislador que mandara condenarle? Si nuestro *número* no reconoce por causas de exencion á la embriaguez, consiste en que la mira como un efecto de hechos voluntarios. Tiene razon, porque así es en el mayor número de los sucesos, así es casi siempre. Mas si, por ventura, en algun caso no fuera así; si de todo punto fuese involuntaria; si al mismo tiempo fuese completa, y trastornase y privase absolutamente la razon; entónces, los principios que dejamos consignados desde el artículo 1.º se aplicarian con tanta exactitud como rigor, y no habria de ningun modo delito, porque faltarian de todo punto la inteligencia, el propósito y la voluntad. —Verdad es que *aquí* no lo dice la ley; pero ya lo tiene dicho, y no puede decir lo contrario.

II.

26. En la primera edicion del Código cuando se promulgó en 1848, este *número* no contenia más que su primer párrafo: la definicion de la habitualidad que forma el segundo, fué añadida en la reforma de 1850. Creyóse que era ó necesario ó al ménos conveniente, explicar, fijar, semejante idéa; hacerlo de una vez para siempre que ocurriese la palabra; y se realizó en los términos generales que encontramos. Habitual se dijo es lo que se repite tres veces ó más, con intervalos de veinticuatro horas ó mayores.

27. Hubiésemos preferido por nuestra parte que no se hubiese intentado tal definicion. Aquí, para el caso presente, no la creíamos necesaria. Habitual es una palabra comun, y como tal, y no como técnica, estaba aplicada en este lugar á la embriaguez. Mejor se comprende lo que es la embriaguez habitual, atendiendo al vulgar y ordinario significado, que queriendo explicarlo de cualquier modo que se explique. Todos distinguimos, sin que la ley nos lo diga, al que tiene costumbre de beber y emborracharse, de el que lo hizo por acaso, porque no lo ejecuta con frecuencia.

28. Puesta la cuestion en un más lato terreno, queriéndose, como se ha querido, definir la palabra, no sólo para la embriaguez, sino para todo otro acto, habíase de tropezar, á nuestro juicio, con el inconveniente de que son tan varios y diversos los actos en que cabe habitualidad, costumbre, que la reiteracion ó repeticion que en unos la constituya, no la constituirá de seguro en otros. Tal hecho podrá decirse habitual cuando se haya realizado tantas veces en un período, mientras que tal otro exigirá más reiteracion ó un intervalo más corto ó más largo. El peligro, pues, de definir, resultaba aquí más evidente que lo es por lo comun, áun recordando que lo es siempre en la esfera del derecho.

29. Es habitual lo que se ejecuta al ménos tres veces con distancia de veinticuatro horas ó más;—y no se fija término á este intervalo. De manera, que el que en diez años, en su vida toda, se ha embriagado tres veces, es ébrio de costumbre, segun el rigor de las palabras legales. De manera tambien que el que se embriaga dos veces todos los dias, pudiera pretender no serlo: como que entre uno y otro acto no median nunca las veinticuatro horas (!!!).

30. La definicion es por consiguiente mala, pues que conduce á absurdos. Insistimos en que ni aquí, para el presente caso, ni como regla general, se necesitaba de tal definicion: cuando en algun caso fuese precisa, era menester haberla meditado con mayor detenimiento, y dádola con más exactitud.

Artículo 9.° (Continuacion.)

«7.ª La de obrar por motivos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecacion.

»8.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. aust.—*Art.* 39. *Las circunstancias atenuantes relativas á las personas, son*

. . . .

4.ª *Si se ha dejado conducir al delito por un estado de conmocion violenta de espíritu, dimanada de un sentimiento natural al hombre.*

5.ª *Si ha sido impulsado al delito por la ocasion que le ofrecia la negligencia de otro, más bien que por la intencion criminal de cometerlo.*

6.ª *Si ha sido impulsado al delito por una extrema miseria.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 107. *Del mismo modo..... se tendrán por circunstancias que disminuyan el delito..... 2.°, la indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, la ligereza ó el arrebato de una pasion, que hayan influido en el delito.*

COMENTARIO.

1. En este *número* 7.° se explica general y sintéticamente la misma idea que habíamos encontrado aplicada á casos especiales en los *números* 4.° y 5.° Lo que allí se referia en particular á la provocacion y á la ofensa grave, se refiere aquí á todo estímulo tan poderoso que naturalmente haya producido arrebato y obcecacion. Desde la miseria ó la indigencia, por una parte, hasta los celos, la cólera, la ira, por otra, todas las pasiones que nos agitan caben y pueden entrar en este cuadro.

2. La sociedad y la ley no pueden penar de la misma suerte lo que es efecto de esas causas, de las que el hombre jamás completamente se exime, que lo que es efecto de la fria reflexion. Entre el hombre arrebatado y el hombre perverso, entre el que obra bajo el azote de la indigencia y el que lo hace sin sombra de necesidad, la distancia es inmensa é infranqueable.

3. Advirtamos siempre que no ha de ser una pasion cualquiera la que haya de producir ese efecto de la atenuacion. La ley dice que debe ser tan poderosa, que naturalmente produzca arrebato. Semejantes palabras de reconocimiento de un hecho, no han de ser una prima para la culpabilidad. Excusando lo que es excusable, no se ha de abrir de par en par la puerta, para que se excuse todo. Aquí se atiende á la debilidad humana, y no se suministran pretextos para el vicio ó la incuria.

4. La determinacion de los casos en que sea aplicable este *número*, corresponde á los tribunales y su prudencia. No se les puede dar reglas ningunas para ello: la ley fracasaria en tal propósito si lo intentara. Es esta una cuestion de buen sentido, y únicamente al buen sentido compete resolverla con acierto. Sólo añadirémos aquí que no nos parece deba ser uno de los hechos favorables para la atenuacion el segundo (5.°) que hemos visto en la Concordancia del código austriaco. Parécenos una doctrina demasiado laxa la de atenuar la responsabilidad y las penas, sólo porque ha sido fácil la comision de los delitos.

Artículo 9.º (Conclusion).

«8.ª Y últimamente, cualquiera otra circunstancia de igual entidad, y análoga á las anteriores.»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*Véase la l. 8, tít. 31, P. VII* citada en el comentario al epígrafe de este capítulo, núm. 8.

Cód. aust.—*Art. 39. Las circunstancias atenuantes relativas á la persona, son:*

. . . .

2.ª *Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.*

. . . .

7.ª *Si ha procurado con celo reparar el mal causado ó impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.*

8.ª *Si pudiendo sustraerse por medio de la fuga, ú ocultarse, se ha denunciado, y confesado el delito.*

9.ª *Si ha descubierto otros autores á la sazon ocultos, y proporcionado la ocasion y medios de aprehenderlos.*

10.ª *Si por efecto de la instruccion ha estado preso mucho tiempo, sin culpa suya.*

Art. 40. Las circunstancias atenuantes que provienen del hecho, son:

. . . .

2.ª *Si el culpable se ha abstenido voluntariamente en la ejecucion del delito de causar un mal mayor, pudiendo hacerlo.*

3.ª *Si el daño ha sido insignificante, ó si la persona ofendida ha obtenido del culpable una completa indemnizacion ó reparacion.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 107. Se tendrán por circunstancias que disminuyen el grado del delito..... las siguientes:..... 4.ª El ser el primer delito, y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente, ó haber hecho éste servicios importantes al Estado. 5.ª El arrepentimiento manifestado con sinceridad, inmediatamente despues de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir ó remediar el daño causado por él, ó socorrer ó desagraviar al ofendido. 6.ª El presentarse voluntaria-*

mente á las autoridades despues de cometido el delito, ó confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas.

Art. 109. Cuando alguna culpa ó delito de los comprendidos en este Código resultase con circunstancias que no estén expresadas literalmente en ninguna de sus disposiciones, pero que á juicio de los jueces de hecho tengan una perfecta semejanza y analogía con otras de las literalmente expresadas, podrá el juez aplicar la pena de éstas, si no tuviere motivo fundado de duda para consultar al superior competente. La propia regla se observará en cuanto á las circunstancias que favorezcan al procesado.

COMENTARIO.

1. Despues de haber señalado con tanto esmero como acaba de verse cada uno de los motivos ó circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal de las acciones punibles, parece naturalmente extraño este octavo *número* con que termina el artículo que nos ocupa. A cualquiera se le ocurre que no hay perfecta armonía ó concordancia entre su disposicion y las anteriores. Por aquellas, la ley ha querido fijar las circunstancias atenuantes, especificando los casos en que se realizan; por ésta, reconoce que no puede llenar su empeño, y lo abandona á la conciencia judicial.—¿Por qué no seguir constantemente un solo camino,—podrá decirse? Si era posible preverlas y explicarlas todas, ¿por qué no completa la obra comenzada? Si no lo era, ¿para qué haberla comenzado? ¿No habria sido mejor abandonarlo todo, y por regla general, á la prudencia de los tribunales?

2. Esto dice sin duda el rigor de la lógica. Pero ese rigor no es siempre la más segura guia en las materias prácticas del órden moral. La prudencia, la conveniencia, todos los motivos que deben modificar en esta línea nuestras primeras y severas concepciones, todos ellos son precisamente lo contrario de lo que es lógica rigorosa. Un raciocinio inflexible conduce á la verdad abstracta; pero tambien conduce al error en las cosas usuales del mundo. ¡Pobre de éste si sólo estuviese gobernado por la lógica! Ningun despotismo llegaria á su despotismo (1).

3. No nos apresuraremos, pues, á condenar el sistema de la ley por esa sola consideracion. Veamos sus motivos y sus causas, y despues le podrémos disculpar ó le podrémos condenar.

4. La ley ha querido señalar las circunstancias atenuantes, y se hubiera agradado sin duda en señalarlas todas. Dejando á la prudencia de los tribunales lo que no se puede resolver por otro medio, preferiria

(1) No es acasion ahora de explicar esto La buena y verdadera filosofía puede explicarlo satisfactoriamente.

determinar en sus reglas todo lo que á reglas pudiera someterse. La ley tiene razon en este propósito. Lo fijo y lo prudencial, lo previsto y lo arbitrario, es menester que se unan y se completen en la esfera jurídica; sólo que debe ser fijo y previsto todo aquello á que alcancen la fijeza y la prevision, y sólo ha de dejarse al arbitrio de los jueces lo que de otro modo no pueda hacerse bien ni intentarse con éxito. El precepto debe ser la regla; la prudencia debe ser la excepcion. Cualquier otro camino conduce á perjudiciales y fecundos errores.

5. Pues bien: la ley ha señalado cuantas circunstancias atenuantes ocurrieron á su prevision; y para hacerlo así, analizó con esmero, en el órden sintético que á ella corresponde, la teoría de las acciones punibles. Mas al concluir esa obra, no pudo ménos de asaltarle esta duda tan natural como fundada: ¿hemos agotado la materia? ¿no son posibles más atenuaciones que las que hemos dicho?

6. A semejantes preguntas hubiera sido desatinado responder afirmativamente. Semejante materia no se agotará en un siglo entero de observacion y de estudio; porque, despues de ese tiempo, podrán presentarse nuevos casos que jamás ocurrieran hasta allí, ni en la práctica ni en la imaginacion.

7. Por otra parte, algunos de los códigos que se tenian á la vista designaban en este género de atenuaciones varias circunstancias que no se habian incluido en los anteriores *números* del nuestro. El motivo que guiara á la comision para hacerlo así, esto es, para descartarlas de su cuadro, consistia en que no le habian parecido atendibles ó poderosas, generalmente en un sentido y en una aplicacion universal. Pero rechazando bajo ese punto de vista su admision, no podia negarse que habria casos particulares, en los que de hecho debieran atenuar la importancia del delito. Como reglas, pues, no parecian verdaderas; en ciertos casos, podian ser sumamente aceptables. Mas entrar en el laberinto de esos casos, eso hubiera sido tan incompleto como realmente imposible.

8. Escogió, pues, la ley un medio prudencial, el que en muchas ocasiones se vé obligada á seguir, el que concilia y armoniza sus deberes con sus medios. Hasta aquí, dijo, lo que yo he podido prever; hasta aquí las circunstancias atenuantes, que lo son en todo tiempo, en todo lugar, en toda ocurrencia. Cuando ellas se presentaren, los jueces no podrán ménos de declararlas. Su autoridad obrará dentro de esa esfera, pero no la pasará nunca. Estimarán los grados de la atenuacion, pero no desconocerán la realidad de la atenuacion misma.—Mas si, aparte de estos motivos que yo expreso, ellos encontraren otros *análogos y de igual entidad*, ténganlos tambien como nuevas circunstancias atenuantes, y obren como si los hallaran materialmente escritos en este *número*.

9. Adviértase, pues, que la ley por este medio no ha autorizado á los jueces para que restrinjan, sino para que aumenten las atenuaciones que ella habia señalado: adviértase que, áun en este mismo prudencial

arbitrio con que los decora, les da reglas para que sujeten su sentir y su fallo.

10. Los motivos de esas posibles atenuaciones no han de ser unos motivos cualesquiera, sino que han de guardar *analogía*, y han de ser de la *propia entidad* de los señalados ántes. Vago es ciertamente ese precepto, como que aquellos se derivan de diversas causas, y no tienen todos el mismo valor; más al cabo, ya es una regla, ya es un dato que la razon ha de consultar, ya es un obstáculo que se levanta, para que la arbitrariedad no se desboque sin freno. El peligro no sería nunca una impunidad completa, sino una rebaja de ciertas penalidades; y este peligro mismo se disminuye con aquellas condiciones en que se ha de fundar la sentencia. Verdad es que al cabo tenemos que acudir al buen sentido y á la razon, para determinar lo que no está fijado sino de esa manera genérica; pero no olvidemos nunca que la razon es el criterio general de las apreciaciones morales, y que por más que desconfiemos de ella, á ella hemos de venir en último resultado en todas las obras de esta especie.

11. El problema era aquí, como tantas veces lo es, una eleccion de los menores inconvenientes, de los menores males. A nosotros nos parece que abandonando la severidad lógica, y refugiándose en este sistema mixto que el buen sentido le inspiraba, lo ha resuelto la ley del mejor modo posible (1).

CAPÍTULO CUARTO.

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE AGRAVAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

1. Desde el momento en que admiten como posibles las circunstancias atenuantes de los delitos, no puede caber duda en que la razon ha de concebir tambien sus circunstancias agravantes. El delito se compara en ese sistema, segun creemos haber dicho, á un número, capaz de aumento y de disminucion: si lo atenuante es lo que lo mengua, tambien debe haber agravante que lo redoble. Su idéa fundamental admite recargo, como admite sustraccion: desde su tipo medio y abstracto pueden señalarse grados numerosos, hácia la inocencia, de una parte; hácia un infinito de horrores, de la otra.

2. Mas aunque la razon concibe semejantes agravaciones, todavía

(1) «Convendria además añadir (dice la Junta del Colegio de abogados) á las circunstancias atenuantes la de la irreprensible conducta anterior del procesado, la de presentarse y confesar su delito, pudiendo ocultarse ó sustraerse por medio de la fuga de las persecuciones judiciales, la de haber reparado ó procurado reparar el mal causado, y atajado ó procurado atajar sus consecuencias.»—Estamos de todo punto conformes con esta indicacion.

puede ser un problema si los ha de consignar la ley. No cabe duda en que ésta tiene que limitarse en ciertos puntos, y dar por igual para sus preceptos todo lo que se encuentre más allá. Depende eso de que sus medios son limitados, y no admiten la subdivision inmensa, las modicaciones inacabables de las acciones humanas. Una misma pena tiene que servir para mil delitos diferentes: pasado cierto límite, aquella toca el máximun de la gravedad; éstas pueden seguir todavía aumentándose sin fin y sin término.

3. De estas consideraciones obvias, indisputables, se sigue naturalmente una cosa: que la razon ó la inteligencia pueden concebir que existen circunstancias agravantes en los delitos, y sin embargo, puede tambien ser oportuno que la ley no hable de ellas, que la ley no las reconozca. La ley debe arreglarse á la razon, sobre todo no contradiciéndola: pedir que la siga paso á paso en sus pormenores y detalles, es pedir muchas veces un imposible, es pedir alguna vez lo que trae más que bienes, perjuicios.

4. Por eso no hay de hecho circunstancias agravantes en algunas legislaciones. Lo que aumenta á nuestros ojos la idéa del delito se ha mirado en ellas ó como parte ordinaria de esa misma idéa, ó como accidentes imponderables, que no varían su esencia ni deben influir en su penalidad. Cuando era tal la circunstancia que no podia ménos de tomarse en consideracion, háse preferido el formar con ella un delito diverso, especial, mayor que el delito comun á que se refiere. Se ha consignado el parricidio como distinto crímen que el homicidio: se ha penado el sacrilegio—la sustraccion de vasos sagrados—como diferente delito que el robo.—Fuera de esos casos especiales, á que se ha dado su nombre y su penalidad particular, la doctrina de las circunstancias agravantes no ha sido admitida por tales leyes.

5. La nuestra empero no ha procedido de ese modo. Sus pretensiones artísticas no la han abandonado en este punto. Este capítulo que vamos á examinar, comprende la larga lista de las circunstancias, mayor quizá que en ninguna otra ley. No ha huido ella del problema que indicábamos poco hace: le ha completado cara á cara, y se ha resuelto con decision á vencer sus dificultades.—Despues verémos, en los lugares oportunos, cómo y con qué exito han sido vencidas y superadas.

6. Sin embargo, en algunos puntos ha abandonado la ley este sistema general, y ha seguido parcialmente los usos autorizados por una inconcusa costumbre. Ya encontrarémos, por ejemplo, que se habla en ella del parricidio como de un crímen propio, en vez de limitarse á considerarlo como el delito de homicidio general, con ciertas circunstancias agravantes. Y no será esta la única ocasion en que la veamos seguir ese discordante camino. O la fuerza de los hábitos, ó razones que procurarémos investigar, hallaremos que la impelen y conducen por él.—¿Será en esto digna de censura? ¿Será, por el contrario, digna de alabanza? No es ocasion de decirlo en este instante.

7. Basta por ahora de consideraciones generales sobre esta materia. Despues del exámen de todo el artículo nacerán naturalmente, y tendrán su oportuno valor, las que el exámen del mismo artículo hubiese inspirado.

Artículo 10.

«Son circunstancias agravantes:

»1.ª Ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, ó afin en los mismos grados del ofensor.

»2.ª . . . .

CONCORDANCIA.

Partidas.—*L.* 8, *tít.* 31, *P. VII.*—Véase en el Comentario al epígrafe del anterior capítulo, número 8 (*c*).

Cód. brasil.—Art. 16. *Hay circunstancias agravantes:*

. . . .

7.ª *Cuando el ofendido tiene la cualidad de ascendiente, de maestro, ó de superior del delincuente, ó cualquiera otra cualidad que le coloca en la posicion de un padre respecto al último.*

COMENTARIO.

1. Duélenos decirlo; pero nos parece sumamente desgraciada, y áun errónea, la redaccion de este *número* primero. Inspirado por un sentimiento tan justo como natural, ha escogido mal las palabras, y se ha expresado con tal extension, que contradice á otros sentimientos y áun á otros artículos del Código.

2. Cuando se comete un homicidio en un padre, en un hijo, en un cónyuge, en un hermano, nosotros convenimos que estas circunstancias deben ser agravantes del crimen. Á haberse hecho el *número* para esos casos solos, nada tendriamos que oponer á su exactitud. Pero precisamente para tales casos no era menester hacerlo; porque semejantes homicidios son crímenes especiales segun la ley, y tienen en ella su nombre y su penalidad particular. De esos homicidios no se dice técnica-

mente que tiene circunstancias agravantes; se les llama *parricidios*, y como tales se les castiga.

3. Pero supongamos otros casos, otros delitos menores. Tratemos de injurias, tratemos de robos. Si es cierto que la ofensa hecha á un padre sea mayor que la hecha á un extraño, ¿dirémos tambien que lo sea la hecha por un padre á su hijo, por un marido á su mujer? ¿Es cierto tampoco que se siga el mismo resultado de agravacion en los robos de tan íntimos parientes? ¿No es precisamente lo contrario la verdad? ¿No dice despues la ley que en semejantes casos no ha habido robo?

4. Luego la fórmula sintética de que usa el *número* es completamente inexacta. Esos íntimos parentescos no agravan siempre los delitos. Á veces, por el contrario, los disminuyen (1).

5. La verdad pudiera ser que, cuando no los disminuyen, los agravan. Aquellas relaciones estrechas hacen que tales personas no sean para nosotros lo que son las demás. Hay entre los parientes lazos de amor, de superioridad, ó de dependencia, que no pueden ménos de traer un resultado en la esfera del crímen. Ó le elevan, ó le rebajan: no pueden dejarle vulgar, ordinario, comun.

5. Ordinariamente rebajan, y áun á veces extinguen la responsabilidad de los delitos, cuando éstos se ejecutan de un modo directo *sobre cosas*. Léase, si no, el artículo 468. Segun él están exentos de reponsabilidad criminal, y sujetos únicamente á la civil, por los hurtos, defraudaciones ó daños que se causaren, los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos ó cuñados de la persona hurtada, defraudada ó dañada. Así lo dice de un modo expreso. Las razones las examinarémos y las aprobarémos cuando lleguemos allá: desde ahora, semejante disposicion echa por tierra la generalidad con que está concebido este *número*, al ménos en los delitos que sobre la propiedad recaen.

7. En los que hieren directamente *á las personas*, ya hemos hecho notar que cuando llegan al último extremo, el parentesco es efectivamente una agravacion; pero en los grados inferiores, en las heridas, en los golpes, en las injurias, la agravacion no depende del parentesco solo, sino del parentesco con superioridad. La redaccion concordante del código del Brasil nos parece más exacta y verdadera. «Hay circunstancias agravantes—dice aquel—cuando el ofendido tiene la cualidad de ascendiente, de maestro ó de superior del delincuente, ú otra cualquiera que le coloca en la posicion de un padre respecto al último.» Esto es cierto é incuestionable, salvo en el caso de lesion en los bienes, que acabamos de presentar. Aquí no es sólo del parentesco, sino de éste unido con la superioridad, de lo que se deduce la agravacion. Cuando el parentesco va sin ella no influye para el aumento de tales delitos;

(1) El informe del Colegio apoya esta idéa nuestra y pide que este «número» se traslade á las circunstancias atenuantes.

cuando, por el contrario, va unido á la inferioridad, lejos de agravar el mal, lo atenúa. Un padre puede respecto á su hijo más que respecto á un extraño. Lo que hecho contra un padre será crímen horrible, volvemos á repetir que hecho contra un hijo apénas traspasará los límites de lo tolerado.—Se exceptúa siempre ese último término, que la ley declara un delito especial. Mas por lo mismo que lo es, repetimos, no se necesitaba de este *número* para tales acciones.

8. ¿Qué dirémos, en resúmen, acerca de este *número* mismo, de su aplicacion, de su práctica?—Dirémos que reconociendo el espíritu que lo ha dictado y lo excesivamente extenso de su letra, no nos empeñarémos en realizarla con rigor y en todos los casos que materialmente caben en sus disposiciones. Dirémos que es menester concertarla y armonizarla no sólo con los demás preceptos explícitos de la ley, sino con los que se deducen de sus principios, de sus doctrinas, del espíritu general y constante que la inspira toda. Dirémos, en fin, que convencidos de que la expresion material no ha sido aquí acertada, la subordinarémos y limitarémos en caso necesario por esas otras consideraciones, á las cuales no podrémos oponer el mismo defecto. Para eso se nos ha dado la razon. Eso es, ya lo hemos dicho, la jurisprudencia: *non legum verba tenere, sed vim et potestatem*.

Artículo 10. (Continuacion.)

«2.ª Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra á traicion ó sobre seguro (1).

»3.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L 3, tít. 27, P. VII.—Asesinos son llamados una manera que hay de homes desesperados et malos, que matan á los homes á traycion de guisa que se non pueden dellos guardar..... Otrosí decimos que los asesinos..... deben morir por ende.*

---

(1) La primitiva redaccion de este número decia «á traicion y sobre seguro.» Algunos creyeron que esa fórmula copulativa indicaba la necesidad de que concurriesen entrambas circunstancias. Aunque no lo creimos nosotros, preferimos por más clara la expresion actual.

Fuero Real.—*L. 2, tít. 17, lib. IV.—Todo home que matare a otro a traycion, o aleve, arrástrenle por ello, e despues enfórquenlo: e todo lo del traydor háyalo el rey, y del alevoso haya la meitad el rey, e la meitad los herederos: e si en otra quisa lo matare sin derecho, enfórquenlo, e todos sus bienes herédenlos sus herederos, e no peche el homecillo.*

Cód. franc.—*Art.* 296. *Todo homicidio* (meurtre) *cometido con premeditacion ó alevosía* (guet-apens) *es calificado de asesinato.*

Art. 298. *La alevosía* (guet-apens) *consiste en esperar más ó ménos tiempo, en uno ó en diversos lugares, á un individuo, sea para darle muerte, sea para ejercer con él actos de violencia.*

Cód. brasil.—*Art.* 16. *Hay circunstancias agravantes.*

. . . .

12. *Cuando el crímen ha sido precedido de una emboscada, en uno ó muchos lugares, con la esperanza de que cayera en ella el ofendido.*

COMENTARIO.

1. Segun este *número* parece que alevosía y traicion son en nuestra nueva ley términos sinónimos, pues que se explica el primero por el segundo. Pero no es así; como no lo fué tampoco nuestro antiguo derecho. La traicion, nombre sustantivo,—y el aleve (que es como llamaron á la alevosía) eran en realidad cosas muy semejantes.

2. Bastaria para probarlo la ley del Fuero Real, que hemos citado en las concordancias. Por ella aparece desde luego que la penalidad era diversa. Si al aleve y al traidor se les arrastraba y se les ahorcaba, á este segundo le eran tambien confiscados todos sus bienes, y al otro sólo la mitad.

3. ¿Qué era, pues, entónces la traicion, no siendo alevosía, no siendo la muerte segura? Las Partidas lo dijeron extensamente. Seis leyes y todo un título dedicaron á su explicacion y á su condenacion. Catorce especies de ella distinguieron y señalaron.

4. «*Laesae majestatis crimen* en latin, tanto quiere decir en romance como yerro de *traycion* que face home contra la persona del rey. *Et traycion* es la más vil cosa et la peor que puede caber en corazon de home: et nascen della tres cosas que son contrarias de la lealtad, en son estas: tuerto, et mentira, et vileza..... *Et traycion* tanto quiere decir como traer un home á otro so semejanza de bien a mal: et es maldat que tira assi la lealtad del corazon del home: et caen en los homes yer-

ro de *traycion* en muchas maneras, segunt mostraron los sabios antiguos que ficieron las leyes.....»

5. Y esto que era la *traicion* entónces, no ha dejado de serlo todavía. En nuestro mismo Código se llaman delitos de *traicion* varios de los que afectan á la seguridad exterior del Estado. Aquel nombre sólo es el epígrafe del cap. 1, tít. 2.º, lib. II de esta ley. No ha caido, pues, en desuso la inteligencia que le daban las de Partida.

6. Pero al mismo tiempo que era tal la inteligencia directa del nombre, éste recibia tambien otra, usado como expresion adverbial. Aquella misma palabra, que significó rectamente el crímen de Estado, significó tambien por una ampliacion bien fácil el crímen hecho sobre seguro, faltando á la lealtad que el caballerismo infundia en nuestras costumbres. «A *traicion*—dice el Diccionario—es un modo adverbial, que equivale alevosamente, faltando á la lealtad ó confianza, con engaño ó cautela.» Es la *emboscada* del código brasileño, el *guet-apens* del código francés.

7. De suerte que la palabra *traicion* tuvo desde luego, y conserva hoy técnicamente, estos dos significados. Es traidor el que ataca la independencia nacional; es tambien traidor el que obra alevosamente y sobre seguro.—Explicaciones en que hemos querido entrar para que no quede duda acerca de aquel término y para que no se confundan tomándose una por otra sus acepciones. En el primer sentido se dicen *delito de traicion*, en el segundo, *delitos cometidos á traicion*. De éstos es, por supuesto, de los que ahora hablamos. De esta circunstancia es de la que el *número* expresa que es agravante del crímen mismo.

8. Y tiene ciertamente razon el *número*. La alevosía es una de las mayores vilezas que pueden rebajar á un delincuente, y tambien uno de los peligros que alarman más á la sociedad entera. El alevoso es semejante al reptil, que llega callado, arrastrándose, sin anunciar su ira, sin dar lugar para la defensa. Por lo mismo que le falta á él el peligro, por lo mismo es más abyecto y más odioso. La ley debe hacer con él lo que con los reptiles hacemos: aplastarlos sin misericordia.—Esta es una circunstancia agravante, que inspira el instinto, y que la reflexion aprueba y consagra. No tiene lugar en todos los delitos, pero ennegrece bien aquello sobre que cae.

Artículo 10. (Continuacion.)

«3.ª Cometer el delito, mediando precio, recompensa ó promesa.

»4.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 3, tít. 27, P. VII.—..... Otrosí decimos que los asesinos et los otros homes desesperados que maten los homes por algo que les dan, que deben morir por ende.*

Cód. brasil.—*Art. 16. Hay circunstancias agravantes:*

. . . .

11.ª *Cuando el delincuente ha cometido el crímen mediando salario ó esperando una recompensa.*

COMENTARIO.

1. Los derechos que nos impelen á obrar son motivos de justificacion: las pasiones nobles, ó por lo ménos dignas, son motivos de excusa; los apetitos vergonzosos son motivos de agravacion. El delito es un hecho moral, y la moralidad es uno de los primeros principios que lo regulan. Nada hay tan bajo como el que mata por precio, á no ser el que mata alevosamente y sobre seguro.

2. La ley usa de las dos expresiones *precio* y *recompensa*, para que se tenga entendido que no sólo el dinero, sino cualquier otro pago que se dé por el crímen, constituye una circunstancia agravante. Dice tambien *promesa*, para que no se distinga entre el precio satisfecho de antemano y el ofrecido para despues. Todo ello produce idénticas consecuencias: todo ello demanda una agravacion de penalidad.

3. Pero cuidado no se vaya á dar á la palabra recompensa una significacion que no tiene en este *número*: cuidado no vaya á creerse que por ella obra quien se lanza á cometer el crímen para gozar despues lo que se promete á sí mismo en su imaginacion ó en sus cálculos. Eso es un motivo que tambien puede agravar, pero que no es el de este *número*. No habla aquí la ley del que mata para robar, del que mata para suprimir un marido, y perseguir en seguida á su mujer: habla de aquel á quien se da ó se ofrece dinero, de aquel á quien se brinda con placeres ciertos en pago de su obra. Los casos de este *número* suponen siempre un mercado, una persona que paga ú ofrece, y otra persona á quien se le ofrece ó paga. Cuando no hay ese concierto, debe buscarse el derecho en otro *número*, y no en el que aquí examinamos.

Artículo 10. (Continuacion.)

«4.ª Ejecutarlo por medio de inundacion, incendio, ó veneno.

»5.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. repetit. prael.—*Lib. IX, tít. 18, l. 1. Plus est hominem extinguere veneno quam occidere gladio.*

Partidas.—*L. 7, tít. 8, P. VII.—..... Et si por aventura matare con ellas* (yerbas, veneno), *estonce el matador debe morir deshonradamente echándole a leones, o a canes, o a otras bestias que lo maten.*

Cód. franc.—*Art.* 301. *Entiéndese envenenamiento todo atentado á la vida de una persona, por medio de sustancias que pueden dar la muerte más ó ménos pronto, de cualquier manera que estas sustancias se hayan empleado ó administrado, y cualesquiera que hayan sido sus efectos.*

Art. 302. *Todo reo de asesinato, de parricidio, de infanticidio y de envenenamiento, será castigado con la pena de.....*

Cód. brasil.—*Art.* 16. *Hay circunstancias agravantes:*

. . . .

2.ª *Cuando el delincuente ha cometido el crímen por medio de veneno, incendio ó inundacion.*

COMENTARIO.

1. Las circunstancias expresadas en este *número* son indudablemente alevosías; y el veneno en particular la más cobarde de las alevosías todas. El horror y la alarma en este caso, el aumento del mal, inconmensurable, de los otros dos, no permitian que dejaran de ser circunstancias agravantes las tres á que se refiere este precepto.

2. El incendio y la inundacion son además delitos por sí, y gravísimos delitos, á más de ser por este *número* y por otros, circunstancias agravantes. Ya hemos notado que constituyen una especie de alevosía, y entran, por consiguiente, bajo la disposicion del *número* 2.° Tambien están evidentemente incluidos en la del 11.°—Por regla general, estas circunstancias agravantes que aquí demarca una á una la ley, suelen reunirse con frecuencia en unos propios casos. El deseo de no prescindir de ninguna hace que tal vez sea el artículo superabundante y repetidor. Poco mal es éste, cuando su letra se nos presenta clara, y la conciencia y la razon le prestan su asentimiento. La conciencia y la razon nos dicen que el envenenamiento supone una perversidad extremada; que el incendio y la inundacion, como medio para otros delitos, suponen una barbarie feroz, y pueden producir males sin límite. En uno y otro caso, la intensidad del mal para que se les emplea sube de todo punto, y la penalidad no puede ménos de seguirle, segun todos los principios de conveniencia y de justicia.

Artículo 10. (Continuacion).

«5.ª Aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecucion.

»6.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. brasil.—*Art.* 17. *Se tendrán tambien como agravantes de los crímenes las circunstancias siguientes:*

1.ª *Cuando además del perjuicio que en sí lleva el crímen, produce éste otro mal para el ofendido ó para las personas de su familia.*

2.ª *Cuando el mal físico se haya aumentado más de lo ordinario por alguna circunstancia extraordinaria.*

. . . .

4.ª *Cuando el perjuicio producido por el crímen se haya aumentado por la naturaleza irreparable del mal causado.*

5.ª *Cuando por virtud del crímen se haya añadido afliccion al afligido.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 106. *En todo delito ó culpa, para la graduacion* (de la pena) *expresada en los dos primeros artículos, se tendrán por circunstancias agravantes, además de las que exprese la ley en los casos respectivos, las siguientes:*

1.ª *El mayor perjuicio, susto, riesgo, desórden ó escándalo que causa el delito.*

COMENTARIO.

1. Se propone uno matar á otro, y en vez de darle desde luego una puñalada que le acabe, comienza por mutilarlo, por atormentarlo, por hacerle sentir la venida de la muerte. Se propone uno robar á otro, y despues que le ha sorprendido en su casa, no contento con encerrarle (lo cual podia ser necesario para su obra), le agarrota los brazos, le pone una mordaza, le apalea, en fin, lo cual es puro lujo de males, en la ocasion en que se encuentran. Aquel homicidio, este robo, llevan consigo circuntancias agravantes, segun este *número* de la ley.

2. La razon de tal precepto es notoria é inconstrastable. Encontramos en el caso que nos ocupa, más perversidad por parte del delincuente, más daño causado al ofendido, más alarma para la sociedad entera, que si se hubiese realizado pura y simplemente el delito, sin esa exuberancia de males. Todos los motivos, pues, por donde puede agravarse la responsabilidad, todos concurren en este hecho. La agravacion está justificada.

3. Mas es menester que nos fijemos un instante en dos palabras del texto de la ley, porque ni se han puesto por acaso, ni puede prescindirse de ellas en la aplicacion de sus disposiciones.—Estas palabras son: *deliberadamente*, y males *innecesarios*.

4. No basta, pues, que se haya causado un mal mayor que el que fuese preciso para realizar la obra punible, á fin de que ésta tome esas proporciones más ámplias y graves que establece el *número*. Este mayor mal, áun siendo innecesario, puede ser efecto de casualidades, puede ser efecto de prontitudes, puede ser efecto de mil otras circunstancias

que no agraven la criminalidad del agente. Para que eso suceda, es menester que él lo haya querido, con ciencia propia, con perfecta voluntad. Esto es lo que que quiere decir la primera de aquellas palabras. Así como para que haya delito es indispensable que haya voluntad é intencion; así para que ese delito se agrave por males accesorios, es menester que estos males vengan de propósito, *deliberadamente.*—Y la razon aprueba satisfecha lo que la ley determina: es una consecuencia de los principios del derecho penal.

5. Ni es ménos digna de aprobacion la segunda circunstancia que para este aumento de responsabilidad se pide; á saber, que esos nuevos males fuesen *innecesarios.* Cuando no son de este género, cuando el delincuente los veia, los creia siquiera de buena fé, indispensables para su obra, en tal caso no son males del lujo, son los males del delito mismo. Existirán, pues, con una parte de éste, concurrirán á formarlo, serán una de las causas por las cuales le castiga la ley. Pero no constituirán una circunstancia agravante de él: son él mismo, y tienen su pena en la pena de éste. Lo accesorio desaparece cuando, en aquel caso, en aquellas circunstancias se halla tan unido á lo principal, que no pueden separarse lo uno de lo otro.

Artículo 10. (Continuacion.)

«6.ª Obrar con premeditacion conocida.
»7.ª Emplear astucia, fraude ó disfraz.
»8.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 296. *Todo homicidio* (meurtre) *cometido con premeditacion..... es calificado de asesinato.*

Art. 297. *Consiste la premeditacion en el designio formado ántes de la accion, de atentar contra la persona de un determinado individuo, ó contra la de cualquiera que se halle ó encuentre, áun cuando este designio dependa de alguna circunstancia ó condicion.*

Cód. brasil.—*Art.* 16. *Hay circunstancias agravantes:*

. . . .

8.° *Cuando el delincuente ha obrado con impremeditacion: esto es,*

habiendo formado ántes de la accion el propósito de ofender á una persona determinada ó indeterminada.

Hay premeditacion cuando entre el proyecto y la accion han trascurrido más de veinticuatro horas.

9.° *Cuando el delincuente ha empleado el fraude.*

. . . .

15. *Cuando se ha cometido el crímen por sorpresa.*

16. *Cuando el delincuente ha cometido el crímen valiéndose de un disfraz, para no ser reconocido.*

. . . .

Cód. esp. de 1822. — Art. 106. *Se tendrán por circunstancias agravantes:*

. . . .

3.ª *La mayor malicia, premeditacion y sangre fria con que se haya cometido la accion.*

COMENTARIO.

1. La premeditacion es uno de los orígenes más fecundos y más extensos de la agravacion de responsabilidad. A ella pueden referirse, porque bajo ella caen, bajo ella se comprenden, bastantes de los *números* que encierra este artículo. Verdad es que hay en éstos algo más que la premeditacion; pero entre eso que hay de más, la premeditacion existe, y ella sola surtiria ya las consecuencias de un motivo agravante. Premeditacion hay de ordinario en la alevosía, premeditacion en el delito pagado, premeditacion en el caso de veneno, premeditacion en el disfraz, premeditacion en muchos otros que no decimos, porque desde luego los dirá cualquiera. Premeditacion hay en todo lo que no es instantáneo, supuesto que nuestra ley no ha definido técnicamente aquella palabra, y la ha usado, por lo mismo, en su significacion ordinaria y vulgar. Premeditacion, segun el Diccionario de la Academia, es consideracion ó meditacion reflexiva sobre algun hecho ántes de ejecutarle.

2. El código del Brasil, como hemos visto en las Concordancias que anteceden, ha creido oportuno definir la premeditacion exigiendo á esas meditaciones que la constituyen por lo ménos el espacio de un dia. Nosotros entendemos que ha hecho bien. Nosotros juzgamos que sólo de ese modo sanciona la inteligencia ese precepto, y acepta el ánimo la premeditacion como un agravante de los delitos. No abogamos precisamente por el plazo de las veinticuatro horas; pero decimos sí, que debe haber alguno prudencial. De otro modo, premeditacion hay siempre, por-

que siempre se piensa lo que se va á hacer ántes de ejecutarlo. Caeríamos por consiguiente en esta consecuencia: que á excepcion de los actos de arrebato instantáneo, siempre tendríamos la premeditacion en todo crímen. Ahora bien: no puede suponerse que sea tal la voluntad, que sea tal la inteligencia de la ley, cuando señala por circunstancia agravante la premeditacion.

3. Hé aquí, pues, un nuevo encargo dejado á la conciencia de los jueces; hé aquí un nuevo deber que les impone el Código, y que es necesario desempeñen con todo esmero. La premeditacion que á ellos se les confia declarar no puede ser una reflexion cualquiera; porque no ha de suponerse que esa cualquier reflexion constituyese tal circunstancia agravante. Es menester que aquel designio se haya concebido y madurado detenidamente; es menester que aparezca con toda su deformidad, por argumentos que no dejen duda. La premeditacion, ni se presume, ni se ha de declarar por fútiles razones. Cuando no esté muy notoria, dejemos el delito en su fealdad natural, sin recargarle con esos colores más deformes y negros. Basta con castigar criminales, sin buscar mónstruos de propósito.

4. Tanto más se recomienda esta conducta, cuanto que ya hemos visto en este Comentario (núm. 1) que apenas habrá premeditacion *calificada* que no sea circunstancia agravante por algun otro concepto. Lo que nos queda, pues, como materia de este *número*, es la pura y simple premeditacion, sin ningun otro adherente. Pues bien: para elevar á ésta al rango de las demás, para hacerla, como aquellas otras, circunstancia agravante, bien es menester que por lo ménos en ella misma no falte nada que la justifique. Debemos estar muy seguros de que la hubo por el tiempo suficiente para que produzca todos sus resultados. Si no á la doctrina textual, al ménos conviene que consultemos el espíritu del código del Brasil.

5. Pero supuesta ya la premeditacion existente, ¿será una circunstancia agravante en todos los delitos en que la haya? ¿no la podrémos encontrar sin que aumente de un modo forzoso la entidad del crímen?

6. En todos aquellos delitos que pueden cometerse sin premeditacion, es indudable que esta circunstancia los agrava y hace mayores. Pero la verdad es que tambien los hay que no han podido existir sin ella, como que han necesitado de largos preparativos para su comision. En semejantes casos, la premeditacion entra á formar parte del mismo crímen; y no puede ser algo que lo aumente, porque no es algo accesorio, algo que pueda separarse de su naturaleza. Suponed una conspiracion política: ¿cómo se la ha de concebir siquiera sin la premeditacion? Es ella por ventura otra cosa que la premeditacion misma? Si quisiera separarse esa circunstancia, ¿dónde quedaria el delito?

7. En semejantes casos, no hay necesidad de decir que no tendrémos motivos agravantes. Cuando ellos son el crímen, ó no pueden separarse del crímen, no hay que buscar otra cosa que éste. La ley lo ha

considerado ya para establecer la pena: los tribunales no han de aumentarla, mirando como accesorio aquello que es principal ó parte de lo principal.—Así nos lo dicen de acuerdo la razon y el art. 68 del Código, que hallarémos más adelante y que contiene las palabras siguientes: «*Tampoco lo producen* (el efecto de aumentar la pena) *aquellas circunstancias agravantes, de tal manera inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no pueda cometerse.*»

8. Vengamos ya al *número* 7.°, que habla de la *astucia, fraude ó disfraz*. Lo hemos unido con el precedente, aunque para nosotros el principio que le justifica es sólo de la premeditacion. La astucia, el disfraz, el fraude, son medios que descubren á aquella, que aquella emplea para llevar adelante su obra y conseguir su propósito. Si por eso no fuese, confesamos con sencillez que en el fraude y la astucia no veríamos la circunstancia agravante, sino el delito mismo. Parécenos que no es con actos virtuosos con lo que éstos han de ir á cometerse. Hubiera bastado señalar como agravante la alevosía.

9. En cuanto al disfraz, tenemos que hacer una observacion. Lo que aumenta la criminalidad no es su empleo por acaso y sin intencion cuando se ejecuta el crímen, es el acudir á ese medio de propósito, para ejecutarlo. En un baile de máscaras puede ocurrir una riña entre personas disfrazadas, y verificarse una muerte: aquí no hay nada agravatorio; quien estaba enmascarado, no tenia obligacion de descubrirse para reñir. Pero otra cosa es, y esto es lo que señala la ley, disfrazarse de intento para cometer el crímen, ó pensando siquiera en la eventualidad de cometerle. La agravacion es aquí justa: exígenla de una parte la mayor alarma, de otra el refinamiento de perversidad y de cautela. El *número* tiene plenamente razon: sólo que su idéa está, nos parece, mejor expresada en el concordante del código brasileño.

Artículo 10. (Continuacion.)

«8.ª Abusar de superioridad ó emplear medio que debilite la defensa.

»9.ª Abusar de confianza.

»10.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—El *abuso de confianza* es un delito especial, previsto y castigado por los artículos 406, 407, 408 y 409.—El 408 fué modificado en 1832.

Cód. brasil.—*Art.* 16. *Hay circunstancias agravantes:*

. . . .

6.° *Cuando el delincuente ha abusado de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas, ó de las armas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidad de repeler la ofensa.*

. . . .

10.° *Cuando el delincuente ha cometido el crímen, abusando de la confianza que se habia puesto en él.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 106. 9.° *En todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo, la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefension, desamparo ó conflicto de la persona ofendida.*

COMENTARIO.

1. Los sentimientos caballerosos de la edad media han dejado en nuestra sociedad hondos y permanentes vestigios. Las costumbres y las leyes han conservado una parte de aquel perfume de cortesía y generosidad. Nuestros corazones laten aún, siquiera sea más ténuemente, con lo que hacía latir los de nuestros antepasados. Los afectos de la honra, esa poesía del corazon, no se han extinguido en el mundo.

2. A sus inspiraciones y á sus preceptos corresponde el *número* que nos ocupa. Ella es la que nos ha dicho que es una mengua y una ignominia valerse de la superioridad, abusar de la confianza, para causar daño á quien puede ménos, ó á quien se fia en nuestra honradez. Ella es quien ha escrito indeleblemente en nuestros corazones, que sólo los séres rebajados cometen semejantes vilezas. La reflexion ha podido despues encontrar justas sus inspiraciones; mas el origen de estas, sólo en esos sentimientos de honor y de lealtad áun con los enemigos, es donde puede encontrarse.

3. La ley hace bien en conservarlos. La ley, que es la suprema de las fuerzas, cumple con una elevada mision cuando se consagra al amparo de la debilidad, á la garantía de la buena fé. No sólo obra en ello con justicia; obra con delicadeza, obra con caridad, obra con caballerismo, obra como cristiana y como civilizadora. No hay nada más bello ni más santo en este mundo que la proteccion de la inocencia contra la perfidia, de la debilidad contra los brutales atentados de la barbarie.

4. Y si esto nos dice nuestro ánimo respecto al abuso de la superioridad, no nos dice ménos la razon respecto al de la confianza. Sobre

ésta se halla fundada la sociedad: en sus servicios recíprocos descansan multitud de relaciones, que se extremecen todas al golpe que la hiere. La ley no podia olvidarlo, ni dejar sin sancion á los íntimos sentimientos que nos son tan naturales en esta materia. El que nos mata, el que nos roba, el que nos hace mal, abusando de nuestra confianza, es más criminal que quien no tenia con nosotros semejante lazo.

Artículo 10. (Continuacion.)

«10. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

»11. . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 198. *Fuera del caso en que la ley pena especialmente los crímenes ó delitos cometidos por los empleados ú oficiales públicos, siempre que alguno de éstos tenga participacion en otros crímenes ó delitos cuya vigilancia ó represion les estaba confiada, serán castigados en esta forma. Si se trata de un delito de policía correccional, se les impondrá en todo caso al máximum de la pena señalada al delito. Si se trata de crímenes que se castiguen con pena aflictiva, serán castigados como sigue: á la pena de reclusion, si á consecuencia del crímen es condenado algun otro culpable á la de destierro ó argolla;—á la de trabajos forzados temporales, si algun otro culpable es condenado á la de reclusion;—y á la de trabajos forzados perpétuos, si alguno de los culpables lleva la de deportacion ó de trabajos forzados temporales. En otro caso se les aplicará la pena comun, sin agravacion.*

Cód. brasil.—*Art.* 275. *El abuso de poder de los empleados públicos en todos estos delitos* (los particulares), *será considerado como circunstancia agravante.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 106. ..... *Se tendrán por circunstancias agravantes:*..... 4.ª, *la mayor*..... *dignidad del delincuente, y sus mayores*

obligaciones para con la sociedad, ó con las personas contra quienes delinquiere.

COMENTARIO.

1. Los empleados públicos pueden delinquir como tales, abusando del poder que la sociedad les ha confiado, y pueden delinquir como simples individuos, en aquello que no tiene relacion con sus atribuciones. No es esta la ocasion de discurrir sobre lo primero. Ese género de delitos tendrán su lugar, y encontrarán su explicacion en otro libro de nuestro Código. De lo segundo es de lo que tratamos ahora.

2. Nos ocupamos en ello, porque en la comision de estos delitos comunes, el carácter de empleado puede entrar por algo, y agravar la culpabilidad y la penalidad.

3. No dirémos nosotros, con el Código de 1822, que la mayor dignidad del delincuente sea justa causa de mayor castigo: esa idéa de una moral rigorosa no nos parece que se debe consagrar y sancionar en las leyes. Al juez que seduce una mujer casada no impodríamos, sólo por ser juez, mayor pena que á otro seductor. Mas si para conseguir su impuro y criminal objeto, se prevalió de aquella cualidad, si empleó el ascendiente, el influjo, el prestigio que ella le daba, como medio para llevar á cabo su propósito; no debe quedar la menor duda en que ésta es una de las agravaciones más considerables que pueden recaer en cualquier delito. La pena es menester que ascienda tanto, cuanto asciende la culpabilidad. El abuso material ó moral es horrible.

4. Observemos en este particular con qué generalidad tan estudiada está escrita la ley. No ha querido decir *emplear el carácter público*, ni tampoco *abusar del poder*, como quizá pudo ocurrir á primera vista. Ha buscado una expresion más extensa, más neutra, y ha dicho *prevalerse*. Toda clase de influencia, directa é indirecta, está comprendida en esa palabra. El Código ha mirado con la atencion que debia este punto, y ha querido que no se eximan de su precepto ninguno de los que caigan en esa fea y condenable situacion.—Hay algo de desigual y alevoso en ella; y por lo mismo que la ley es quien á tales personas ha dado su carácter, por lo mismo es justo que cuide más de que no lo amancillen con esa ignominia.

Artículo 10. (Continuacion.)

«11. Ejecutar el delito como medio de perpetrar otro.
»12. . . . .

COMENTARIO.

1. Advertimos en primer lugar que este *número* no tiene concordancia. Nosotros no conocemos ninguna disposicion análoga, mucho ménos idéntica, en los códigos que nos sirven para tales comparaciones.—No quiere decir esto que condenamos la novedad: quiere decir tan sólo que es menester examinarla con el cuidado posible, mayor si cabe que en los demás casos.

2. Ante todo, pues, y para ello, comprendamos el precepto de la ley.

3. Entre las diversas divisiones que de los delitos pueden hacerse, hay una, que es la que tiene aquí importancia, y en la cual debemos fijarnos un instante. Delitos hay seguramente, que jamás se cometen sino para cometer otros despues; y delitos que no se hallan en ese caso, sino que pueden ser ó son de hecho el término de la voluntad criminal de quien á ellos se arroja. El que falsifica mi firma en un documento de crédito, delito de falsedad ha cometido; y sin embargo, le queda aún otro que cometer para completar sus intenciones, pues que nadie falsifica por gusto de falsificar, sino para conseguir con su falsificacion algun mayor resultado. Por el contrario, el que mata puede haber terminado su intento: quizá tenia alguna venganza que satisfacer, y nada más se propuso que la muerte de una persona odiada.

4. De suerte que hay delitos que siempre, necesariamente, son medios; y hay delitos que son ó pueden ser fines.

5. Mas estos últimos pueden ser tambien medios á su vez. No se mataba por matar, y por satisfacer una venganza, sino por robar en seguida lo que custodiaba aquel á quien se diera muerte. No se injuriaba por afrentar, sino por provocar una riña, para matar al afrentado. En el primer caso, el homicidio es un medio para el robo; en el segundo, la injuria lo es para el homicidio. Un delito, que pudiera ser fin, se ha cometido como preparacion.

6. Supuesto este análisis, vengamos al artículo, y comprendamos su doctrina.

7. El artículo dice: es circunstancia agravante de un delito el haberle ejecutado como medio de perpetrar otro.—Ahora bien: esta disposi-

cion no puede aplicarse á la primera seccion de delitos que acabamos de señalar; únicamente la segunda es la que puede ser su materia y su objeto.

8. No puede serlo la primera; porque no pudiéndose concebir aquellos delitos sino como medios para cometer otros, claro está que esa circunstancia no es agravante, sino constituyente de su naturaleza misma. Ya la ha considerado la ley cuando los declara tales delitos: ya la ha tenido en cuenta, para imponerles la penalidad que les impone. No puede, pues, hablar de ellos el *número* que ahora nos ocupa.

9. Habla, pues, sin ninguna duda, de los delitos de la segunda clase, de los que pudiendo ser definitivos por sí, y término de la accion criminal, no lo eran, sin embargo, sino que se realizaban como medio para preparar, facilitar, perpetrar otro, verdadero término de los deseos del culpable.

10. Mas áun aquí mismo podemos hallar diferencias, que á nosotros nos parecen de importancia. Los dos ejemplos que hemos citado,—el que mata para robar, y el que injuria para matar,—nos presentan dos tipos bien distintos, y que, á nuestro modo de ver, producen consecuencias diversas. Quien para robar mata, comete una accion más grave, como medio para un delito menor: quien para matar injuria, comete una accion menor, como medio para un delito más grave. La diferencia es notoria.—¿Será, sin embargo, una misma la disposicion de la ley? ¿Hablará el *número* igualmente de uno y otro caso?

11. Ciertamente que en sus palabras no hay ninguna distincion; pero investigado su espíritu y sus razones, quizá no es imposible encontrarla, y establecer por consiguiente un diverso derecho.

12. La razon de la ley es que, tanto en la intencion como en la alarma se encuentra mayor cantidad de males cuando al delito cometido iba á seguir otro, que cuando terminaba en él el propósito del delincuente. La parte moral era más extensa, el peligro social lo era del mismo modo: la agravacion de la responsabilidad y del castigo seguíanse de ahí como consecuencias naturales y forzosas.

13. Estas consideraciones son justas cuando el delito cometido es menor que el deseado. Cuando se injuria como medio para matar, no tiene efectivamente réplica. Para la conciencia y para el mundo es más temible, más repugnante, más criminal, el que injuria con ese segundo fin, que el que lo hace sin esa dañada intencion. Aquí, la razon aprueba á la ley.

14. Mas no sucede lo mismo en el caso contrario. Quien mata para robar, ni es más criminal en sí propio, ni cáusa más alarma, que el que mata como término de sus intentos. La gravedad de aquella accion no puede aumentarse por otra que no la iguala. En su mayor tamaño, en su más ancha esfera, se eclipsa y pierde un propósito ménos atendible. Lo hecho es mayor que lo que restaba por hacer. ¿Qué importa, pues, esto, ni cómo ha de ser circunstancia agravante? Falta la razon de la

ley, y nada empece, por consiguiente, el que ella no haya distinguido. La ciencia distingue como en tantos otros casos.

15. En resúmen. Son tres de estos los que pueden presentarse. 1.º La comision de un delito, como medio, cuando por su naturaleza lo es, y no puede ser otra cosa. 2.º La comision de un crímen mayor, como medio para otro ménos grave. 3.º La comision de uno menor como medio para otro de más importancia. Este último es el solo caso de la ley. En él es en el que se estimará agravante esa circunstancia de ser el delito medio para otro. En él es justo el precepto del *número*. En los demas casos no lo ha querido, ó no ha podido quererlo la justicia del legislador.

Artículo 10. (Continuacion.)

«12. Emplear medios, ó concurrir circunstancias, que añadan la ignominia á los efectos propios del hecho.

»13. . . . .

CONCORDANCIA.

Cód. brasil.—*Art.* 17. *Tambien serán consideradas como circunstancias agravantes de los crímenes las siguientes:*

. . . .

3.º *Cuando el mal causado por el crímen se haya aumentado por alguna circunstancia extraordinaria de ignominia.*

COMENTARIO.

1. La ignominia que se echa sobre una persona á quien se causa un mal, es ciertamente una agravacion de este mal mismo. Afecta la honra, hiere el decoro, acumula la afrenta sobre el daño, añade esa nueva consideracion moral á las circunstancias ó morales ó materiales en que consistia fundamentalmente el delito. La vergüenza viene á aumentar lo que sólo fuera un mal de otro género.

2. La ley indica dos medios, por los cuales puede esto suceder. Uno, empleando tales actos el delincuente que produzcan esa ignominia; otro, ocurriendo circunstancias que la ocasionen: uno y ótro producen efectivamente el resultado de la agravacion. El violentar á una mujer, forzando á su marido á que lo presencie, es un ejemplo del primer caso.

El violentarla á presencia de otras personas lo sería del segundo. En uno y otro habrá circunstancias agravantes respecto á la simple violacion.

Artículo 10. (Continuacion.)

«13. Cometer el delito con ocasion de incendio, naufragio, ú otra calamidad ó desgracia.

»14. . . . .

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 8, tít. 3, P. V.—Seyéndose muy cuitado de fuego que le quemase la casa do tuviesse sus bienes, o de avenidas de aguas que veniessen que gelas levaria, o si las toviesse en algun navio que estoviesse en hora ó en manera de peligrar, e por alguno de estos embargos, o por algunos semejantes dellos diesse alguna cosa de aquellas que temia que se le perderia en guarda a otro, si este atal que la rescibió la negase cuando gela demandasse, et despues desto probasse el otro, debe gela pechar doblada, et por esso gela debe assi pechar, porque face grant enemiga en negar lo que le habia dado en guarda en tal sazon que estaba cuitado en alguna de las maneras sobredichas, e non podria ser apercibido si era home de recabdo aquel a quien la daba en guarda, o non.....*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 106. En todo delito ó culpa..... se tendrán por circunstancias agravantes..... las siguientes:..... 6.ª El cometerle..... en incendio, naufragio ú otra calamidad.*

COMENTARIO.

1. Hemos querido insertar en nuestras Concordancias la ley de Partida que habla del *depósito miserable*, porque la razon es igual en aquel y en el caso de que aquí se habla. En esos momentos de supremo peligro, que algunas veces rodean á los hombres, la proteccion de la sociedad debe ser más esmerada, como es más caritativa la concurrencia de sus vecinos honrados. Quien se separa de estos principios, quien apro-

vecha esos instantes de confusion para añadir aflicciones á los afligidos, ese se hace reo de un delito doble, porque comete una doble infamia. Justamente agrava la ley sus rigores para penarla.

Artículo 10. (Continuacion).

«14. Ejecutarlo con auxilio de gente armada, ó de personas que aseguren ó proporcionen la impunidad.

»15. Ejecutarlo de noche ó en despoblado.

»Esta circunstancia la tomarán en consideracion los tribunales, segun la naturaleza y accidentes del delito.

»16 . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. aust.—*Art.* 37. *Las circunstancias especialmente agravantes, son:*

. . . .

4.ª *Si* (el culpable) *ha inducido á otros á cometer un delito.*

5.ª *Si ha sido el autor, instigador ó agente principal de un delito cometido por muchas personas.*

Cód. napol.—*Art.* 147. *Se reputa acompañado de violencia pública todo crímen cometido por tres personas, á lo ménos, reunidas con un objeto criminal, y dos de las cuales lleven armas adecuadas al fin propuesto.*

Art. 149. *Todo crímen acompañado de violencia pública, será castigado con la pena superior en un grado á la que se hubiere impuesto al mismo crímen en el caso de no haber sido acompañado de la referida violencia....*

Cód. brasil.—*Art.* 16. *Hay circunstancias agravantes:*

1.° *Cuando el delincuente ha cometido el crímen de noche ó en despoblado.*

. . . .

17. *Cuando ha mediado concierto entre dos ó más personas para cometer el crimen.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 106. *En todo delito ó culpa..... se tendrán por circunstancias agravantes..... 5.ª El mayor número de personas que concurran al delito. 6.ª El cometerle con armas, ó en sedicion, tumulto, ó conmocion popular.....*

COMENTARIO.

1. En los dos *números* 14 y 15 del artículo hay una circunstancia comun; la de proporcionarse, ó tratar de asegurarse la impunidad los delincuentes. Esto, que se dice expresamente en el primero, se infiere en el segundo, de las circunstancias que determina, *de noche ó en despoblado*. Por lo demás, aquel lleva más íntimamente consigo la idéa de la violencia: éste, la del desamparo y del miedo.

2. Una cosa tenemos que advertir acerca de la concurrencia de varias personas, y áun de varias personas armadas, al acto de la comision de un delito, á saber: que esa será circunstancia agravante en aquellos crímenes que podia cometer una persona sola, pero no lo será en aquellos otros en que el concurso y las armas eran necesarios: verbi-gracia, un motin, una sedicion. En éstos el número de las personas y su preparacion con medios de peléa, no son un hecho agravante, porque son un hecho natural, indispensable al mismo crímen. Domina aquí la doctrina del art. 68, que es necesario no olvidar nunca.

3. Por lo demás, esta concurrencia en muy pocos casos dejará de ser un signo evidente de premeditacion, siendo difícil el suponerla casual é imprevista. Mas tambien tendrémos que advertir que si cae en este extremo, si no ha sido pensada, si es accidental completamente, no puede ser justo que la estimemos por circunstancia agravante. Si no llevó los compañeros armados el autor del delito; si no se prevalió de aquel auxilio que la suerte le presentara, dudamos mucho que se aumente su responsabilidad por un hecho extraño, que no provino de él, ni quiso emplear para sus fines.

4. La reforma de 1850 ha añadido á este *número* 15 el renglon ó advertencia con que termina, y cuyo objeto es indicar que hay delitos en los que la circunstancia de haber sido su comision de noche ó en despoblado, no causa modificacion agravante. Esto era claro para nosotros: cuando el motivo de la agravacion no cabia en ellos por ese accidente, cierto era que no podia tener resultado alguno. Quien cohecha á un juez, por ejemplo, no tiene más facilidad de noche que de dia, en el campo

que en la ciudad: luego en un delito de cohecho, aquella circunstancia no podia ser agravante, sino indiferente.

5. Parece empero que esto, para nosotros tan sencillo, no lo ha sido igualmente para todos. La ley se ha creido en el caso de indicarlo con más precision; y nada tenemos que decir contra su propósito, aunque tal vez su redaccion no haya sido la más feliz.

Artículo 10. (Continuacion.)

«16. Ejecutarlo en desprecio ó con defensa de la autoridad pública.

»17. . . . .

COMENTARIO.

1. Todos los delitos se ejecutan en desprecio y con ofensa de la ley. La ley los prohibe; no sólo los prohibe, sino que los pena. A pesar de eso el delincuente la desobedece, la burla, la desprecia, la quebranta. Alguna otra cosa, pues, quiere decir en su precepto el *número* que examinamos.

2. Efectivamente: éste no habla de la ley; habla de la autoridad. No hace relacion á ese poder invisible, que sólo afecta nuestra inteligencia, sino á su personificacion material, al que afecta nuestros sentidos. Ejecutar un delito en desprecio ú ofensa de la autoridad, es cometerlo ante la persona que la ejerce, desobedeciéndole en el acto, faltándole al respeto, abofeteándola moralmente, si es posible decirlo así.

3. Este hecho trae naturalmente consigo la agravacion de la culpabilidad, á no ser que existan tales y tan fuertes motivos de atenuacion, tales pasiones, tales arrebatos, en una palabra, que excusen la nueva falta que se comete, y mengüen en mucho la del acto fundamental y primitivo. De esto no hablamos ahora. De ese conflicto entre las circunstancias atenuantes y las agravantes, tratarémos en el lugar oportuno. Pero cuando no existen las primeras, es fuera de cuestion que los hechos indicados en este *número* constituyen las segundas. Esa rebeldía descarada y manifiesta, ni se puede concebir sin grandes resoluciones de una audaz insubordinacion, ni se puede considerar sin acompañarla de una correccion oportuna.

Artículo 10. (Continuacion.)

«17. Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito á que la ley señale igual ó mayor pena.

»18. Ser reincidente de delito de la misma especie.

»19. . . . .

CONCORDANCIAS.

Cod. franc.—*Art.* 56, reformado en 1832.—*Todo el que, habiendo sido condenado á una pena aflictiva ó infamante, haya cometido un segundo crímen, cuya pena principal sea la degradacion cívica, será condenado á la pena de destierro. Si el segundo crímen merece la pena de destierro, será condenado á la de detencion. Si el segundo crímen merece la pena de detencion, será condenado al máximum de la misma, la cual podrá elevarse hasta el doble. Si el segundo crímen merece la pena de trabajos forzados temporales, será condenado al máximum de la misma, que tambien podrá ser doblada. Si el segundo crímen merece la pena de deportacion, será condenado á trabajos perpétuos. Todo el que habiendo sido condenado á trabajos forzados perpétuos, cometa un segundo crímen que merezca la misma pena, será condenado á la de muerte....*

Art. 57. *Todo el que, habiendo sido condenado por un crímen, cometiere despues un delito digno de ser castigado correccionalmente, será condenado al máximum de la pena que le señala la ley, pudiendo esta pena ser aumentada hasta el doble.*

Art. 58. *Los culpables condenados correccionalmente á una prision de más de un año, serán tambien condenados en caso de nuevo delito al máximum de la pena señalada en la ley, la cual pena podrá ser aumentada hasta el doble; y quedarán además bajo la vigilancia del gobierno por un espacio de cinco á diez años.*

Cod. aust.—*Art.* 37. *Son circunstancias especialmente agravantes:*

1.ª *Haber cometido muchos delitos de diferente especie.*

2.ª *Haber cometido varias veces un delito de la misma especie.*

3.ª *Haber sido castigado otra vez por un delito semejante.*

Cód. napol.—*Art.* 78. *Será tenido por reincidente todo el que cometa un nuevo crímen, despues de haber sido condenado por otro anterior. Se entenderá condenado todo individuo contra quien se haya pronunciado irrevocablemente una pena, cuya ejecucion legal sea procedente.*

Art. 79. *El condenado por un crímen, que comete otro nuevo, incurrirá en una pena un grado superior á la ya cumplida, cuya agravacion no podrá pronunciarse sino hasta la pena del ergástolo, exceptuando siempre la de muerte.*

Cód. brasil.—*Art.* 16. *Hay circunstancias agravantes:*

. . . .

3.ª *Cuando el reo es reincidente en un delito de la misma naturaleza.*

COMENTARIO.

1. En estos *números* 17 y 18, habla el artículo de nuestra ley de la reincidencia en el delinquir, ora cuando es en delitos de la misma especie, ora cuando es un delito igual ó menor, y declara ambos casos circunstancias agravantes para el nuevo que se comete.

2. Lo único que exigen estos *números*, ó por mejor decir, el 18.º, para su perfecta inteligencia, es que declaremos la palabra *reincidente*, á fin de que no pueda confundírsela con otras análogas.

3. ¿Qué quiere decir *reincidencia*? ¿Es por ventura la repeticion de actos criminales, despues de cometido el primero, en cualquier tiempo que se cometan? ¿Lo es un segundo homicidio, inmediato al que primeramente se cometió? ¿Lo es un segundo robo, ejecutado hoy, por los que ayer habian cometido otro semejante?—¿O es menester, para que haya reincidencia, que preceda el juicio y la condenacion por el primer delito, de manera que sólo sean reincidentes los que ya fueron condenados, y volvieron despues á dar la misma caida que tuvo en consideracion el primer juicio?

4. Esto último es la verdad: esto último es lo que técnicamente se ha entendido en todos tiempos por aquella palabra. El que mata tres hombres de seguida, el que comete treinta robos, con tal que no se le haya

juzgado y condenado, no es reincidente aún en los delitos que perpetra. Habrá reiteracion, habrá hábito; reincidencia legal no la hay. No es de él de quien hablan estos números. Otro lugar del Código se ocupará en considerar esas circunstancias de su obra. Allí tambien nos ocuparémos nosotros en hacerlo.

5. Aquí tenemos únicamente como circunstancias agravantes, invirtiendo el órden en que están colocadas: 1.º, la reincidencia en la misma especie de delito; 2.º, la comision de otro igual ó menor al que anteriormente se cometiera: una especie de reincidencia—si fuera lícito decirlo así—de delitos de diversa índole. El robo por quien ya robó y fué condenado: tambien el robo, por quien ya incendió, ó mató, por ejemplo,

6. Viniendo, empero, á exponer nuestro dictámen sobre el precepto de la ley, no podemos ménos de decir que, si la verdadera reincidencia, la caida en el mismo delito, nos parece un motivo justamente agravante; esa otra reincidencia falsa, la comision de uno diverso del que ya se habia cometido, no tiene á nuestros ojos el mismo carácter, ni deberia surtir, segun nuestro juicio, el mismo resultado. Aprobamos el *número* 18; pero acatándolo porque es ley, no damos igual aprobacion al 17 del artículo que estamos recorriendo.—La doctrina del código del Brasil nos parece superior á la de nuestro Código.

7. O considerémos, si no, en qué se funda la circunstancia agravante de la reincidencia. Fúndase en la mayor perversidad que esa reincidencia arguye en el reo; fúndase en el hábito que éste va adquiriendo de caer en determinado delito; fúndase en la mayor alarma que concibe la sociedad respecto á un hombre, que, castigado por cierta culpa, vuelve á cometerla, á pesar del castigo con que se le quiso corregir. Estos fundamentos son bastantes: acéptalos la razon, y satisfacen á la conciencia. Mas haced que los delitos no sean análogos; y toda su fuerza, y toda su eficacia se disiparán en un punto. Del asesino pueden temerse asesinatos, del ladron robos, del conspirador conspiraciones. Pero si uno conspiró, y fué condenado por ello, ¿qué relacion puede tener esa condena ni aquella culpa, con una injuria que cometa despues? ¿Qué relacion un homicidio con un adulterio? ¿No comete aquí la ley el error que cometeríamos queriendo sumar cantidades de diversa naturaleza, cinco árboles y tres caballos?

8. No queremos extendernos más. Respetamos, como es justo, nuestra ley, y no pedimos que se desobedezca; pero indicamos, como es nuestro derecho, los descuidos en que entendemos sinceramente que ha podido caer. No habria ese descuido, en nuestra opinion, si el *número* 17 hubiese dicho «*por delito análogo*» donde dice «*por delito*» tan sólo. Verdad es que entonces el 18 casi sería una repeticion de aquel.

Artículo 10. (Continuacion.)

«19. Cometer el delito en lugar sagrado, inmune, ó donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones.

»20. . . . .

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tít. 19, l. 16..... Locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium sit, et capite luendum, vel minore supplicio.....*

Partidas.—*L. 8., tít. 31, P. VII..... Otrosi, deben catar el lugar en que facen el yerro; ca mayor pena meresce aquel que yerra en la iglesia ó en la casa del rey, o en lugar de judgar los alcaldes, o en casa de algunt su amigo que se fia en él, que si lo ficiese en otro lugar.....*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 106. En todo delito ó culpa..... se tendrán por circunstancias agravantes..... las siguientes:*

1.ª *El mayor..... desórden ó escándalo que cause el delito.....*

7.ª *La mayor publicidad ó autoridad del sitio del delito, ó la mayor solemnidad del acto en que se cometa.*

COMENTARIO.

1. La comision de un delito en lugar sagrado es ó puede ser, segun las ideas religiosas, hasta un sacrilegio. Si la legislacion civil no lleva tan allá sus rigores, si no acepta tan duras idéas, por lo ménos tiene que establecer, y entre nosotros lo ha establecido siempre, que aquella circunstancia constituye en el delito una notoria agravacion. El escándalo ha aumentado la entidad del crímen: la piedad ha elevado la del desórden, la de la alarma, la de la repugnancia ó el horror.

2. Pero ¿qué es lo que llamamos lugares sagrados? ¿Qué es tambien

lo que llama la ley lugares inmunes?—Sobre esto es menester fijar las idéas, para no dar á la agravacion más ni ménos importancia que la que realmente le corresponde.

3. Lugares sagrados, en nuestro concepto, son los templos, y ninguno más. Á veces se entiende tambien por aquella expresion los cementerios que la religion consagra; pero en el caso actual, no creemos que se diese á las palabras de la ley tanta latitud. Un delito cometido en semejantes lugares, no se reputaria por tal circunstancia agravado. Repetimos que sólo se pueden entender aquí las iglesias, y *ad summum* sus piezas adyacentes, el pórtico, el claustro, la sacristía. Es la idéa religiosa la que justamente domina en esta parte del precepto.

4. En cuanto á lugares inmunes, nos parece la expresion mucho ménos feliz.—Inmune es una palabra no técnica, sino vulgar, y su significado no nos manifiesta claramente lo que con ella ha querido decirse. Inmune no es otra cosa que lo que goza de inmunidad. Ahora bien, los lugares que gozan de inmunidad, son las iglesias, y no todas ciertamente. Sería, pues, ménos decir *inmune*, que decir *sagrado*.

5. ¿Se ha querido expresar con aquel término el palacio donde habita el Monarca?—Pero éste se encontraba evidentemente comprendido en la tercera circunstancia del *número*—«en donde la autoridad pública se halla ejerciendo sus funciones.»—El Rey es autoridad pública, y la primera de todas ellas.

6. De cualquier suerte, aunque la expresion de este *número* no sea la más feliz, su espíritu es claro, y su inteligencia no ofrecerá dificultades. Consiste en que lleva circunstancias de agravacion lo que, por el lugar donde se ha cometido, escarnece y agravia las idéas religiosas y el respeto de la autoridad. Y esta doctrina es justa. Aquella inmoralidad, aquel cinismo de audacia, no puede ménos de producir en el ánimo de todos lo que la ley da por regla á sus tribunales: la agravacion de la responsabilidad, el consiguiente aumento de la pena.

Artículo 10. (Continuacion.)

«20. Ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciese el ofendido, ó en su morada, cuando él no haya provocado el suceso.

»21. . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—*Art.* 175. *Las lesiones y heridas causadas en la persona de un magistrado del órden administrativo ó judicial en el acto de ejercer sus atribuciones, serán castigadas con el primer grado de cadena. Sin embargo, si las referidas heridas ó lesiones causadas á una persona privada llevaban consigo la pena de cadena en su primer grado, ú otra más grave, se impondrá siempre un grado superior de pena, cuando esos actos de violencia hayan sido cometidos en las personas y con las circunstancias señaladas en este artículo.*

Art. 176. *Si los atentados que refiere el artículo anterior, han sido cometidos en la persona de un agente del gobierno, ú otra legítimamente encargada de un servicio público, ó en la de un agente de la fuerza pública, será castigado el culpable con la pena ordinaria señalada al hecho, pero sin que pueda aplicársele el mínimum del grado que corresponda.*

Art. 177 *Si las lesiones ó heridas de que habla el artículo* 175 *produjesen la muerte dentro de cuarenta dias, será castigado el culpable con la pena de muerte.*

Cód. brasil.—*Art.* 16. *Hay circunstancias agravantes:*

. . . .

5.° *Cuando el delicuente ha faltado al respeto que mereciera la edad del ofendido, cuando la diferencia es tal que éste pudiera ser su padre.*

COMENTARIO.

1. Tres clases de personas hay á quienes naturalmente debemos respeto: los ancianos por razon de su edad; las mujeres por razon de su sexo; los niños por razon de su inocencia. Quien no respeta á los niños, á las mujeres y á los ancianos, es un mal hombre, destituido de sentimientos morales. Quien los ofende es un villano, que no tiene instinto alguno generoso. Hace bien la ley en mirarle con aversion, como le mira la sociedad. Hace bien en ser severa con sus delitos, porque sus delitos son más perversos, más viles, más dignos de esmerada y dura correccion.

2. A tales personas hemos dicho que se debe respeto por la ley de la naturaleza: á otras se les debe por la ley de la sociedad. Hablamos

de los que gozan en ésta de un carácter, de una dignidad que los levantan sobre el comun: los sacerdotes, los magistrados, los jefes de cualquier institucion ó servicio respecto á los que dependen de ellos. Tambien hay verdadera agravacion de delito cuando contra éstos se delinque, porque tambien se vulneran de ese modo las más justas idéas del órden y de la subordinacion social, de la disciplina pública, sin la cual la sociedad es un caos. El *número* ha reunido estas consideraciones sociales con las análogas que son naturales, y ha tenido plena razon en las unas y las otras.

3. Por último, se comprende aquí como circunstancia agravante la de cometer el delito en la casa del que es su víctima. Tambien encontramos esta idéa llena de acierto. La casa propia es para cada cual su reino, su esfera, su santuario: el mundo todo debe respetarla como el asilo de la personalidad y de la familia. Aun la autoridad pública no puede penetrar en ella sin grandes motivos y sin justísimos respetos. Cuando penetra cualquier particular, es porque se le dispensa una confianza, y diciendo que es un amigo el que toca á la puerta y pisa los umbrales. Hay, pues, abuso de aquella, hay desprecio y atropello de todos los principios en que descansa la sociedad humana, cuando se va á la casa de otro para injuriarle, para herirle, para causarle mal. Se le daña en su persona por el delito, y en algo que tiene casi tanto valor como su persona, por las circunstancias.

4. Ha obrado, pues, con sumo acierto la ley, estableciendo esta agravacion; porque la ley debe estimar y reforzar esos instintos y esas tendencias sociales, rodeando de sus sanciones supremas lo que quiera señalar al respeto público. Ha obrado bien, ha hecho lo que debia hacer, santificando la casa, y reconociendo en ella la inmunidad de su propietario.

5. Dos solas y ligeras observaciones tenemos que añadir. La primera se halla, y se halla justamente en el *número*. Esa circunstancia agravante que éste crea no puede subsistir, ántes bien se desvanece, cuando para el delito no ha habido provocacion por parte del que en él es ofendido. Si esto sucede, si él da motivo al triste suceso, no será parte la circunstancia del lugar para agravar la responsabilidad del acto mismo. La casa es un asilo, es un santuario; más para el que está tranquilo en ella, sin provocar ni exasperar á nadie. El derecho de la casa no puede ser absoluto: ninguno lo es en la sociedad.

6. La segunda observacion se refiere á los delitos que no pueden ser ejecutados sino en la casa misma. En estos no es circunstancia agravante el que sucedan en ella, porque es circunstancia constituyente. Un robo, por ejemplo. Ya hemos hablado de casos semejantes más de una vez y hemos hecho alusion al art. 68. Nada, pues, nuevo decimos, con repetir aquí lo que establece su doctrina.

Artículo 10. (Continuacion.)

«21. Ejecutarlo por medio de fractura ó escalamiento de lugar cerrado.

»22. . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 381, reformado en 1822. *Serán castigados con la pena de trabajos perpétuos los individuos culpables de robos cometidos con la reunion de las circunstancias siguientes:.... 5.ª Si han cometido el crímen por medio de fractura exterior, de escalamiento ó de llaves falsas, en una casa, habitacion, cuarto ó lugar habitado de cualquier nombre.....*

Art. 382, reformado en 1822. *Serán castigados con la pena de trabajos temporales los individuos culpables de robo con violencia, y además con dos de las cuatro primeras circunstancias previstas en el artículo precedente.....*

Cód. brasil.—*Art.* 16. *Hay circunstancias agravantes:*

. . . .

13. *Cuando el crímen se ha perpetrado por medio de fractura.*

14. *Cuando el delincuente ha entrado, ó intentado entrar, en la casa del ofendido con la intencion de cometer el crímen.*

COMENTARIO.

1. Sin que admitamos nosotros que las facilidades para cometer un crímen hayan de ser circunstancias atenuantes (Coment. al *núm.* 7.°, artículo 9.°, núm. 41), fuerza es reconocer que el vencimiento de las dificultades ú obstáculos que nos estorban su comision, acreditan un exceso de empeño y una fuerza de voluntad, que muy justamente considera la ley como agravatorios. No es ya un delincuente cualquiera el que rompe puertas y escala murallas, para llevar adelante su criminal propósito: necesítase más resolucion, más empedernimiento, cuando tenemos que salvar esos grandes estorbos, que cuando la obra es fácil, sencilla, asequible á un indivíduo ménos preparado. El crímen moral es de

seguro mayor. La alarma tambien lo es, y muy merecidamente por otra parte. La sociedad se extremece en algo más íntimo de sus entrañas.

2. No nos parece que pueden ofrecer dudas las palabras fractura y escalamiento. Hay este último cuando se salta por cima de pared, ó aunque sea de vallado, siempre que presente resistencia, y ofrezca de ordinario seguridad. Hay la primera cuando se abre, por medios violentos, con rompimiento y destrozo, puerta, caja, ó cualquiera otra cosa que cierra y guarda algun sitio. La idéa comun de uno y otro término es la de penetrar de ese modo ilegítimo, y no por los regulares, donde la víctima del delito debia creerse, ó debia creer sus cosas en cierta seguridad. Mas el que abre la caja con una llave, ese no comete efraccion: el que entra en un corral por una brecha que encontró practicada, ese no comete escalamiento. Cometerálo, sí, cuando él la practicare; como que tanto da saltar por cima de los obstáculos, como abatir esos obstáculos mismos para que no lo sean. La razon es igual, y la inteligencia de la ley es la propia.

Artículo 10. (Continuacion.)

«22. Ejecutarlo, haciendo uso de las armas prohibidas por los reglamentos.

»23. . . . .

CONCORDANCIA.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 360. *Todo delito en que de cualquier modo se hiciere uso de alguna arma prohibida, tendrá por esto contra sí una circunstancia agravante, sin perjuicio de aplicarse al reo las penas declaradas en el artículo anterior* (arresto de cuatro dias á dos meses).

COMENTARIO.

1. Nuestra legislacion recopilada, y más todavía que ella nuestras costumbres judiciales, eran de un rigor excesivo respectivamente al uso de ciertas armas. En ese uso, en su posesion siquiera, habian constituido un delito especial, que castigaban muy severamente. Tener una pistola ó una navaja de cierto tamaño, ha sido con frecuencia bastante causa para sufrir una condena de cuatro ó seis años de presidio.

2. No era lo más vituperable en este punto la severidad legal. Ese

rigor, por más excesivo que fuera, habria podido concebirse y disculparse, cuando hubiese recaido, primero con fijeza y certidumbre, y segundo cuando se hubiese aplicado con igualdad. Pero en ninguna materia precisamente ha habido tanta confusion, en ninguna ha habido tanto desórden, como en ésta de las armas de que tratamos.

3. ¿Cuáles eran las armas prohibidas? ¿Qué ley, ó qué reglamento las habia prohibido?—Nosotros creemos que nadie podia responder satisfactoriamente á estas cuestiones. El derecho era escaso, oscuro, contradictorio, absurdo alguna vez: las prácticas eran voluntarias sin fundamento legítimo, desiguales en cada caso. Y pase, si semejante confusion hubiera afectado á un género de faltas que se penaran con ligeras multas; pero cuando se trataba nada ménos que de años de presidio, ese descuido no tiene calificacion ni tiene nombre.

4. Lo mismo dirémos de la ejecucion de aquellas reglas. Las pistolas y las navajas estaban prohibidas, y sin embargo, se construian y se vendian públicamente. Los estoques eran un arma ominosísima, y sin embargo, ha habido un tiempo en que todas las personas decentes los llevaban en sus bastones. Los puñales mismos siempre han estado expuestos de venta en cuantos establecimientos se han querido dedicar á este tráfico.

5. Semejante situacion era insostenible. Al considerar que no habrá habido quizás un juez, de cuantos han aplicado las leyes de armas prohibidas, que no fuesen ellos propios reos del mismo delito que penaban, se concebia bien que fuese necesario derogar completamente tales leyes.

6. Eso ha hecho el Código. y nosotros le aprobamos por haber entrado en un sistema posible y racional.

7. El uso de las armas, su posesion, sobre todo, no es ya un delito. La ley no prohibe ninguna. El estoque y la pistola pueden estar ya en nuestras casas, y marchar inocentemente con nosotros, en nuestros bastones, en nuestros bolsillos.

8. Mas lo que la ley no ha querido hacer por sí,—y justamente, pues que no podia hacer bien,—ha autorizado para que lo hagan á los reglamentos de policía, á los preceptos, ora generales, ora temporales, de la autoridad pública. Esta puede prohibir ciertas armas, y puede prohibirlas todas en determinados casos: sólo que esos reglamentos, ni crean verdaderos delitos, ni estatuyen considerables penas. Es materia de faltas ésta de que hablamos; es objeto de penalidades leves ésta que nuestra ley autoriza. Los años de presidio se convierten en dias de arresto y en duros de multa.

9. Una cosa sola ha estimado la ley que le convenia hacer en la esfera del delito, respectivamente á esas armas que los reglamentos hubieran condenado. Cuando con ella se perpetre alguno, ha dicho en este artículo, sírvale esa circunstancia de motivo agravante. Ese mismo poseedor del puñal, que podria ser condenado por él en una pena pecu-

niaria; si con él hiere, sea castigado con mayor pena que si con una espada hubiere herido. Es una mala presuncion la que se eleva contra él por el hecho de valerse de armas tales. Ellas solas no le hagan criminal; pero si comete un crímen, sírvanle justamente de mayor cargo.—Así es la ley prudente y justa: así ni peca por exceso de severidad, ni peca por exceso de indulgencia.

10. Ahora, el establecimiento de este nuevo sistema exige hechos consiguientes á su principio, pasos que no sabemos se hayan dado aún, y que es necesario dar con la misma prudencia, con la misma templanza. El Código habla de los reglamentos que han de señalar las armas prohibidas. Mas esos reglamentos no están hechos, y es menester formarlos. Lo antiguo no puede absolutamente servir en este particular: lo nuevo debe estar acomodado á las idéas juiciosas y á las costumbres de las personas estimables en nuestra sociedad presente. Si un puñal puede ser siempre arma prohibida, una pistola, un estoque, no pueden en el dia serlo. La legislacion—lo mismo el Código que los edictos de las autoridades,—tienen que obedecer á la justicia; pero tambien tienen que no pugnar con las idéas aceptadas, con los hábitos practicados por todos (1).

---

(1) Otros códigos modernos han sido más severos ó más explícitos que el nuestro en esta materia, y han declarado verdaderos «delitos» el uso de ciertas armas. Vamos á copiar aquí algunos artículos del francés, del napolitano y del brasileño que no hemos puesto por Concordancias, porque no corresponden á la teoría de las circunstancias agravantes.

«Cód. franc.—Art. 314. Todo individuo que hubiere fabricado ó vendido.... cualquiera especie de arma prohibida por la ley ó por los reglamentos de administracion pública, será castigado con una prision de seis dias á seis meses.

»Todo el que llevare dichas armas, será castigado con una multa de diez y seis meses á doscientos francos.

»En uno y otro caso serán confiscadas las armas.

»Todo sin perjuicio de mayor pena, si hubiere lugar á ella por complicidad en algun crímen.»

«Cód. napol.—Art. 151. El delito de llevar armas prohibidas sin permiso escrito de la policía será castigado con la pena de prision y multa correccional del segundo al tercer grado, ó con el confinamiento de tercer grado y la multa correccional en su grado máximo.»

«Cód. brasil.—Art. 297. Hacer uso de armas ofensivas que estén prohibidas.

»Penas: la prision de quince á sesenta dias, y una multa igual á la mitad de la duracion de la pena, además de la pérdida de las armas.»

«Apéndice al cód. del Brasil. Ley de 16 de Octubre de 1831.—Art. 3. El uso, sin permiso, de pistolas, trabucos, cuchillos de punta, puñales, aleznas, ú otro instrumento punzante, será castigado con la pena de prision con trabajo de uno á seis meses, cuya pena será otro tanto más en caso de reincidencia; quedando en su fuerza y vigor la disposicion del código relativa á las armas prohibidas.»

Como se vé por estas citas, algunas leyes han hecho delitos los que la nuestra no eleva á esa clase. Ninguna, empero, lleva su severidad al punto que, como hemos dicho en el texto, la llevaba nuestra ley recopilada; ninguna ha señalado años de presidio á este acto más ó ménos culpable.—Pedimos perdon por haber entrado aquí en estos pormenores.

11. Hasta aquí nuestro primitivo Comentario. Hoy debemos añadir que el artículo 1.° del decreto de 22 de Setiembre de 1848 dispone á la letra lo que sigue: «Siempre que el Código penal se refiera á disposiciones de reglamentos, como en la circunstancia 22.ª del artículo 10, si éstos forman el todo ó parte de alguna ley anterior, regirán como tales hasta que se publiquen otros conforme á lo que se dispóne en la nota 2.ª de la ley 11, tít. 2.°, lib. 3.° de la Novísima Recopilacion.»

12. Tenemos, pues, al ménos interinamente, algo que supla á los reglamentos que echábamos de ménos en los anteriores párrafos: las leyes que prohibian armas son hoy reglamentos que tambien las prohiben. Se creyó esto necesario: nosotros más bien diríamos que fué cómodo; así, los reglamentos verdaderos, sabe Dios cuándo se harán.

13. Pero ¿cuál es el efecto de estos provisionales? ¿Servirán por ventura para penar con lo que estatuyen á los que lleven esas armas prohibidas? No: esto es imposible; porque los castigos que allí se encuentran consignados no son de los que los reglamentos pueden imponer. Son materias de leyes penales; y como leyes penales están derogadas por el Código. Por una ley de la Recopilacion, conservada hoy únicamente como reglamento, no se puede sentenciar hoy á nadie á presidio. —¿Servirán para imponer otras penas menores, cuales son las que se pueden dictar por reglamentos? Tampoco; porque ni en virtud de reglamento ni de ley se puede aplicar otro castigo que el prescrito: lo demás sería una arbitrariedad notoria, injustificable.

14. El único efecto de esta disposicion, de estos reglamentos improvisados en globo, será la declaracion de circunstancias agravantes cuando en efecto se hubiere cometido algun delito con esas armas que ellos prohibian. No se podrá decir ya que falta el reglamento que las vede. Por su porte, por su uso, no habrá penalidad; mas si se hiriere con ellas ó se mata, la herida ó el homicidio recibirán un aumento de gravedad y el consiguiente aumento de pena.

Artículo 10. (Conclusion.)

«23. Y últimamente, cualquiera otra circunstancia de igual entidad, y análoga á las anteriores.»

CONCORDANCIAS.

Cód. aust.—*Art.* 36. *En general un delito es tanto más grave cuanto más madura ha sido la premeditacion, y más estudiados los medios de per-*

petrarle, ó cuanto mayor ha sido el daño que ha irrogado, ó el peligro que ha producido, ó más difíciles de tomar las precauciones para evitarlo, ó ha sido mayor la violacion que se ha cometido de su deber.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 209. *Cuando alguna culpa ó delito de los comprendidos en este Código resultare con circunstancias que no estén expresadas literalmente en ninguna de sus disposiciones, pero que á juicio de los jueces de hecho tengan una perfecta semejanza y analogía con otras de las literalmente expresadas, podrá el juez aplicar la pena de éstas, si no tuviere motivo fundado de duda para consultar al superior competente. La propia regla se observará en cuanto á las circunstancias atenuantes.*

COMENTARIO.

1. A la conclusion del artículo 9.°, que señalaba las circunstancias atenuantes de los delitos, encontramos un *número* igual al que acabamos de encontrar ahora. Despues de exponer ligeramente que podia dar márgen á alguna extrañeza, concluimos por aprobar su espíritu, y por defender y justificar sus prescripciones. Nuestros lectores lo recordarán sin dificultad alguna.

2. Ahora no podemos satisfacernos tan fácilmente: ahora no damos nuestra aquiescencia á lo mismo que parece semejante, igual, á lo ya aprobado: ahora censuramos esa laxitud de la ley, ese arbitrio que ella concede á los jueces. Y la razon es muy sencilla: esa semejanza es aparente, que no real: esa igualdad es de todo punto mentirosa. Allí tratábamos de rebajar, aqui de aumentar responsabilidades: allí de disminuir, aquí de agravar las penas. Aquello era indispensable en el interés de los individuos; ésto no lo es en el de la sociedad.

3. Consideramos la larga lista de circunstancias agravantes que hemos recorrido en este artículo, muchas de las cuales son dobles, son triples, son múltiples, en sus orígenes y en sus aplicaciones. ¿Cuál que verdaderamente merezca serlo se nos puede haber quedado? ¿Cuál que éxija de un modo irresistible el aumento de castigo en los delincuentes, so pena de un desórden, de un padecimiento, de una alarma social? Dudamos mucho que alguna pueda presentarse. Se nos presentará tal vez un nuevo caso que hubiéramos sin inconveniente incluido entre ellas; pero difícil ha de ser que lo exigiera perentoria é irreplicablemente su gravedad. Los escándalos, los horrores, se hallan todos consignados en esos veintidos *números*. Aparte de ellos habrá cuestiones problemáticas, no intuiciones necesarias é irresistibles.

4. Ahora bien; ¿es oportuna, es conveniente, se debe admitir, que

sólo por la posibilidad de esas cuestiones hayamos de abandonar á los tribunales todo el poder que el *número* les confiere?—Sea dicho en paz de la comision, del Gobierno, del Código: no lo creemos.

5. Tengamos siempre presente que aquí no es ya posible la impunidad. La circunstancia agravante puede aumentar la pena; pero la falta de esa circunstancia no la disminuye, la deja en el tipo comun, en el que la ley ha estimado de ordinario suficiente castigo, en el que no puede ménos de serlo si la ley ha sido justa. De impunidad, de lenidad, pues, no se nos hable, porque será una exageracion. La represion y la expiacion se verifican, el mundo no puede decir que el crímen dejará de ser castigado. Dirá quizá que hubiera sido conveniente un poco de más severidad en el castigo; pero la posibilidad de este juicio no ha de hacernos arrostrar los azares de una arbitrariedad evidentemente peligrosa.

6. Bueno es, volvemos á repetir, que esa arbitrariedad exista hasta cierto punto en beneficio de los particulares: pero no debe existir en contra de ellos, ni áun en beneficio del ser abstracto, la sociedad. Esta es quien ha hecho las leyes; no ha de aplicar en su favor á un mismo tiempo la fijeza de su letra y el rigor de una interpretacion extensiva.

7. Es menester que no olvidemos nunca los principios. El artículo 2.° de nuestro Código sentaba uno muy fundamental, estableciendo que no serán castigados otros actos que los que la ley con anterioridad hubiese calificado de delitos ó faltas. El artículo 19, primero del título de las penas, dice que no será castigado ningun delito ni falta, con pena que no se halle establecida por la ley—es decir, que no le haya señalado la ley—con anterioridad á su perpetracion. ¿No se roza algo con estos principios, no repugna á su espíritu, por lo ménos, la doctrina de que pueda un tribunal declarar circunstancia agravante la que no esté declarada tal por la ley? ¿No hay aquí alguna cosa parecida á declarar delito aquello que la ley no ha señalado como tal?

8. El Código quiere que sus prohibiciones y sus conminaciones sean conocidas de todos, ántes que éstas se hayan de convertir en realidades. Y ¿sucederá eso, se llenará su idéa, obtendrá la justificacion á que aspira, si un delincuente que no tenia más que una pena como cuatro, con arreglo á la letra expresa de sus disposiciones, la lleva luego como seis, en virtud de la interpretacion extensiva que nos ocupa en este momento? No quisiéramos errar; pero nos parece que el Código no es consecuente consigo mismo.

9. Hé aquí, pues, las consideraciones que nos conducen á censurar este *número* que examinamos. Primera: que no vale la analogía del artículo 8.° para este art. 10, pues que entre lo atenuante y lo agravante no existe en esta esfera. Ya lo hemos dicho en otro lugar. La ley tiene *obligacion* de tomar en cuenta lo que atenúa, cuando sólo tiene *facultad* para tomar en cuenta lo que agrava. Faltando á lo primero, heririan los

sentimientos de justicia que debe á los particulares: no haciendo lo segundo, obrará bajo el peso de circunstancias, que á veces pueden ser graves y decisivas No estando segura de haber consignado nominativamente todos los motivos de atenuacion, no le quedaba otro medio que acudir á ese supletorio y general; en cuanto á los de agravacion, podia, cierto, señalar los que conociese, pero no le es dado correr un peligro por completar su obra, toda vez que esa obra no es absolutamente necesaria. Allí todo es debido; aquí es posible lo justamente posible.

10. Segunda consideracion: los principios ya citados de la ley penal; su espíritu, todavía más que su letra; el peligro de condenaciones no anunciadas; la exposicion á ser juzgado por un derecho en realidad no existente.

11. Tercera consideracion, en fin: la innecesidad de acudir á este medio, para que se haga, si no perfecta, al ménos aceptable justicia. ¿Es por ventura tan comun la perfeccion en este órden, que se debe estimar una gran desgracia el no conseguirla siempre, y que hayamos de hollar principios, y arrojarnos á eventualidades peligrosas, por obtenerla á toda costa en esta ocasion?

12. Tales son nuestros motivos para juzgar severamente el *número* que nos ocupa. En nuestro concepto no es necesario, y puede ser perjudicial. Puesto que es una autorizacion que otorga, más bien que un deber que impone á los tribunales, nosotros aconsejaríamos á éstos que se mirasen mucho ántes de emplearla; persuadidos, como lo estamos, de que con las causas de agravacion que hemos examinado hasta aquí, no quedaria sin ella ningun delito que efectivamente y segun la conciencia general, mereciese tan duro carácter (1).

Apéndice á los artículos 9 y 10.

1. Ahora que hemos concluido nuestra explicacion analítica de las circunstancias atenuantes y agravantes en los dos Comentarios á los artículos 9 y 10, séanos permitido, ántes de emprender otra materia, completar con algunas breves consideraciones el exámen de este importantísimo asunto, ya bajo sus especiales aspectos de cada órden de motivos, ya bajo un aspecto general y sintético que los una.

2. A primera vista parece que las circunstancias atenuantes son muy inferiores en cantidad á las de agravacion. Nueve capítulos sólo se señalan en aquellas, mientras que de las segundas se cuentan veintitres. Pero cuando se reflexiona un momento, no puede ménos de ad-

---

(1) Tenemos una satisfaccion en ver que la Junta del Colegio de Abogados de esta córte, opina como nosotros en esta cuestion tan importante.

vertirse que el primer *número* del art. 9.° no es de exposicion, sino de referencia, y que encierra bajo su precepto todas las variantes que nos pueden dar los múltiples casos del 8.°, cuando no ocurrieren completos y con todas sus condiciones.—La diferencia, pues, entre el 9.° y el 10.° no es materialmente tan considerable: los gérmenes de atenuacion no son por fortuna ménos numerosos que los de agravacion de los crímenes.

3. Prescindiendo ya de ese hecho, cuya verdad hemos querido hacer patente, por más que no le demos ninguna importancia, vengamos á observaciones más útiles para el conocimiento de nuestro Código, y para la perfeccion de nuestras teorías en la práctica del derecho penal.

4. Rigorosamente hablando, todas las causas de atenuacion nos presentan en último análisis el propio orígen. Su carácter verdadero, el de todas ellas, no es otro que la falta parcial de uno de los elementos del delito. Son razones incompletas de excusa, que si fuesen completas justificarian; que, siendo como son, disminuyen la responsabilidad. La intencion clara, íntegra, omnímoda, de delinquir, es la que no se encuentra en ninguno de estos casos: porque esa intencion no puede suponerse; porque no la hay, cuando tales hechos existen, es por lo que la ley ha debido mirarlos con esa tambien parcial indulgencia, con esa misericordia, que es á su vez plena justicia. Que consista en la corta edad, que consista en la embriaguez, que consista en la provocacion contraria, que consista, en fin, en cualquiera de los demás hechos que la traen ó la determinan, siempre la atenuacion es análoga en su índole consigo propia, y depende de que, en la parte subjetiva del delito, ha quedado algo inacabado, incompleto, así para la inocencia como para la responsabilidad.

5. No sucede lo mismo con las circunstancias agravantes. Estas se derivan de orígenes numerosos, y se diferencian más en su proceder y en su carácter las unas de las otras.

6. Unas vienen efectivamente de lo subjetivo del crímen, como acabamos de ver en las atenuantes, de la intencion más dañada, más perversa del que lo comete: otras, del exceso del mal que causa, ó sea de la parte objetiva de aquel: un tercer género, de la mayor alarma que se infunde en la sociedad: un cuarto del respeto que se debe al lugar en que se delinque, á la situacion social de que se goza; la quinta clase, en fin, de la dificultad de que recaiga la pena, queriéndose agregar la eficacia de la intimidacion á la escasa seguridad del mismo castigo.—Aun en la mayor parte de los casos, no es ninguno sólo de estos orígenes el que produce la agravacion preceptuada por la ley: son dos, son tres, son quizá todos ellos, que concurren en un hecho mismo, para justificar más y más esa agravacion, que cada cual pediria de por sí. En la alevosía, por ejemplo, encontramos la primera y la tercera de las causas que acaban de decirse; en el disfraz, la primera, la tercera y la quinta; en el escalamiento y fractura, la primera, la segundo, la terce-

ra y la cuarta. La primera y la tercera en particular, la mayor perversidad y la mayor alarma, se encuentran en casi todos.

7. Despues de estas primeras observaciones, cuyo efecto es esclarecer la teoría, viene naturalmente otra, que no carece de importancia práctica. Hemos hablado, y tenemos que hablar todavía en muchas ocasiones, de atenuacion y agravacion: los tribunales tendrán contínuamente delante de su vista esos innumerables problemas. Pero la agravacion y la atenuacion ¿han de ser iguales en todos los casos? ¿Es uno mismo el mérito de las diversas circunstancias que la determinan? ¿Son hemogéneas unas con otras? ¿Son idénticas á sí ó entre ellas, cada cual de tales circunstancias?

8. Por más que parezca inútil hacer estas preguntas, siempre es bueno fijar nuestras idéas, y darlas completa claridad. Siempre es bueno consignar de un modo terminante lo que tiene tanto lugar en la práctica, tanta influencia en la obra de la justicia.

9. Las circunstancias atenuantes disminuyen la responsabilidad y la pena: las circunstancias agravantes aumentan la primera y la segunda; mas ni el aumento ni la disminucion pueden ser iguales en todos los casos. El ébrio es más discupable que el hombre de diez y siete años: el que vindica una ofensa de mayor intensidad lo es más que el que vindica una ofensa leve. Del mismo modo, el alevoso agrava más su crímen que el que sólo lo premedita; el que abusa de confianza, puede cometer un abuso de mayor ó menor gravedad. Agravacion ó atenuacion habrá siempre; pero en cada una de ellas señala nuestro entendimiento diferentes grados, y ó la ley ó los tribunales deberán señalarlos á su vez.

10. Por último, y para concluir por ahora con esta materia, indicarémos otra nueva dificultad, que en su consideracion puede presentarse.

11. Hemos hablado hasta aquí de las circunstancias, ora atenuantes ora agravantes, en su especial concurrencia con el delito simple. Pero ¿no pueden concurrir tambien simultáneamente las unas con las otras? ¿No pueden á un propio tiempo venir por distintos lados para modificar al crímen? ¿No pueden mezclarse de tal modo los individuos que se agrupan en éste, que se encuentren la agravacion y la atenuacion en los accesorios de una obra misma?

12. El hecho no sólo es posible, sino que será comun.—Pero tanto respecto á él, como respecto á esa distincion, á esos grados, á esa escala de que hablamos ántes, no debemos al presente pasar de estas meras indicaciones. Ya vendrá el lugar del Código en que hay que tratar de ello. En los rudimentos solamente nos ocupamos aquí: despues tendrémos que ocuparnos en su combinacion y sus aplicaciones.

TÍTULO SEGUNDO.

DE LAS PERSONAS RESPONSABLES DE LOS DELITOS Y FALTAS.

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS RESPONSABLES CRIMINALMENTE DE LOS DELITOS Y FALTAS.

1. La diferencia que hay entre el epígrafe del título y el del capítulo que acabamos de transcribir, aquello en que convienen y en que discordan, nos da una idéa de la materia á que hemos llegado, del objeto próximo en que nos vamos á ocupar.

2. El primer título de este libro ha tratado en general de los hechos punibles, y de las circunstancias que los desnaturalizan ó que los modifican. Este segundo va á tratar, generalmente tambien, de las personas que, habiendo tomado parte en tales hechos, deben responder de ellos, es decir, padecer sus legales consecuencias. Aquel trató del delito: éste del delicuente: uno y otro, en esa esfera elevada, que es el carácter de todo el primer libro de nuestro Código.

3. Mas hay dos clases de responsabilidad; hay dos géneros de consecuencias que señala á toda mala accion la ley, de acuerdo con la conciencia de los hombres. Hay el castigo y la reparacion: la responsabilidad criminal, y la responsabilidad civil.

4. Tan sencillas y tan elementales son estas idéas, que creemos inútil de todo punto hacer otra cosa que indicarlas. ¿Quién no sabe acaso que todo delito, punible en sí por lo que es, y por el daño que á la sociedad causa, lo causa tambien á algun individuo, y que este segundo daño pueda ser estimable, y dar lugar á reclamaciones, á reintegraciones, á abonos de mil géneros?

5. Así, pues, la penalidad alcanza á ambas idéas, y el Código debe ocuparse de entrambas cosas. La responsabilidad criminal y la civil

entran en su cuadro: de los responsables criminalmente, y de los responsables civilmente, tienen que hablar sus capítulos, si, por ventura, no son unos propios.—El capítulo en que entramos va á tratar de los primeros.

Artículo 11.

«Son responsables criminalmente de los delitos y faltas:
»1.° Los autores.
»2.° Los cómplices.
»3.° Los encubridores.»

CONCORDANCIA.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 12. *Son delincuentes ó culpables sujetos á la responsabilidad que les imponga la ley, no solamente los autores del delito ó de la culpa, sino tambien los cómplices, los auxiliadores y fautores, y los receptadores y encubridores.*

COMENTARIO.

1. No es sólo una division, es un sistema y un sistema filosófico y completo, lo que se dice en este artículo.

2. La responsabilidad de un delito, como de cualquier otra accion, recae naturalmente en todos los que han concurrido á realizarle; y esta concurrencia, como nos dice desde luego el buen sentido, puede ser múltiple, puede ser de varios aspectos, por diversas causas, en diferentes proporciones. Si tal hecho punible,—una injuria, un homicidio,—fué sólo obra de una persona arrebatada; tal otro,—un robo, una conspiracion,—exigió el auxilio de más ó ménos numerosos cointeresados, que cada cual á su manera, en escala más ámplia ó más reducida, ayudó, facilitó, ó patrocinó la ejecucion. De suerte, que si el crímen puede ser individual, tambien puede ser colectivo.

3. Ahora bien: si el crímen es colectivo, la responsabilidad criminal ha de ser de varios.

4. Esta doctrina no es moderna. La más sencilla observacion ha debido producirla, y no ha podido ménos de existir desde los primitivos tiempos. A uno lo podian matar dos, lo podian robar dos, lo podian

deshonrar dos. Y no era ésto sólo, sino que la concurrencia podia ser desigual por parte de estos dos individuos: uno ejecutando la obra; otro aconsejándole, ayudándole, suministrándole los medios para ejecutarla. De manera que la accion directa por uno ó por muchos y la accion directa por unos é indirecta por otros, todo entró desde luego, desde los primeros momentos, en la nocion del crímen.

5. Mas esa idéa de la accion indirecta, ni ha sido siempre clara, ni por consecuencia de ella se ha apreciado bien. Llamada por lo comun *complicidad*, ha recibido tambien diversos nombres, que no siempre se han definido, y han sido objeto de disposiciones legales, que más adelante examinarémos y calificarémos. Muchas veces ha sido oscura: muchas ha confundido cosas diversas: algunas tambien se la ha visto dividirse sin filosofía ni razon.

6. Tiempo era ya de que se evitasen tales errores, y que se ordenase científicamente lo que, á decir verdad, no presentaba grandes dificultades.

7. Nuestro Código ha dicho:—La concurrencia á la obra del crímen puede ser de tres modos, de tres solamente, que se distinguen entre sí. Primera, directa, de accion, de realizacion, de efecto, tomando parte los que concurren en lo que le constituye. Segunda, indirecta de cualquier suerte, pero anterior ó simultánea. Tercera, indirecta tambien, pero posterior, más bien aún que concurrente, aprovechadora, ocultadora, patrocinadora. Hay, pues, tres especies de personas criminalmente responsables: los autores, los cómplices, los encubridores del delito.

8. Volvemos á decir que la division nos parece completa. O se ha concurrido al hecho directa ó indirectamente. En este último caso, ó se ha concurrido ántes de que se hubiese terminado y consumado, ó se ha concurrido despues de su consumacion. No hay más casos posibles.

9. Pero añadimos tambien que habia en este artículo algo más que una division, á saber, la indicacion de un sistema.—En efecto, desde que se señalan esos tres grados, y se advierte el principio que ha inspirado su ordenacion, ya se echa fácilmente de ver que ha de ser distinta la responsabilidad que á cada uno se les señala. Los autores, colocados á la cabeza de la lista, los autores cuya parte en el delito es directa, principal, mayor que la de cualesquiera otros; los autores, decimos, han de ser castigados con una responsabilidad más grave que los agentes indirectos, sin los cuales, con más ó con ménos dificultad, el delito se habria realizado. Todo ello se concibe fácilmente, desde que se ve esa lista. La fijacion de las categorías descubre la idéa del legislador,

10. Este sistema que indicamos, no es antiguo. La responsabilidad de los agentes indirectos ha sido y es todavía en algunos códigos igual á las de los autores. Esa escala que tan naturalmente nos ocurre á nosotros, no ocurrió de seguro á los que no trataron de ordenar con cierto arreglo la confusa multitud de los delincuentes.

11. No es esta ocasion de entrar en pormenores que vendrán en su lugar oportuno. Ni lo es siquiera de examinar plenamente la exactitud de la division. Los siguientes artículos, en los cuales verémos definidas esas palabras—autores, cómplices, encubridores,—nos darán lugar para emitir algunas idéas sobre la materia: los demás vendrán con los artículos 63 y 64.

Artículo 12.

«Se consideran autores:

»1.° Los que inmediatamente toman parte en la ejecucion del hecho.

»2.° Los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo.

»3.° Los que cooperan á la ejecucion del hecho, por un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

CONCORDANCIAS.

Partidas. — *L. 10, tit. 9, P. VII. E deben facer esta emienda tambien los facedores de la deshonra o del tuerto como aquellos que gelo mandaran.....*

Cód. brasil.—*Art. 4. Serán criminales en el concepto de autores los que cometan directamente los crímenes, los que fuercen á otra persona á cometerlos y los que ordenen su ejecucion.*

Cód. ésp. de 1822.—*Art. 13. Son autores del delito ó culpa: 1.° Los que libre y voluntariamente cometen la accion criminal ó culpable. 2.° Los que hacen á otro cometerla contra su voluntad, ya dándole alguna órden de las que legalmente esté obligado á obedecer y ejecutar, ya forzándole á ello con violencia, ya privándole del uso de su razon, ya abusando del estado en que no la tenga, siempre que cualquiera de estos cuatro medios se*

emplee á sabiendas y voluntariamente, para causar el delito, y que lo cause efectivamente.

COMENTARIO.

1. Lo primero que hay que advertir acerca de este artículo es la expresion no comun con que comienza. No principia diciendo «*son* autores»..... como parecia natural cuando se trataba de definir esta palabra. Dice sólo «*se consideran* autores»..... lo cual ciertamente no parece lo propio, en una obra en que tanto esmero y tanto cuidado se pone en la eleccion de los términos.

2. Ya hemos visto algo semejante en el art. 6.° del Código, tratándose de una division de delitos. Tambien entónces se prescindió de la fórmula ordinaria de presentar las definiciones. En su comentario explicamos el motivo que podia haber para que se usase de la expresion «*se reputan* delitos de tal género,» en vez de usar de esta otra, que parecia más natural: «*son* delitos de tal género.» Allí vimos que tal variante no era un efecto del acaso ni de la incuria.

3. Lo mismo nos vuelve á suceder aquí. No sin motivo se ha empleado esa expresion extraña que señalamos en este instante. La ley la ha creido sin duda más exacta y más propia, y nosotros somos igualmente de su parecer. Cuando la definicion legal va á separarse de la comun; cuando un término importantísimo, capital, va á tomarse por aquella en un sentido diverso que el que natural y ordinariamente le corresponde; cuando se va á consagrar un sentido extensivo, que no es la acepcion en que todos empleamos la palabra; juzgamos bien hecho, bien concebido el escrúpulo y el sistema de la ley. Mejor es en tales casos decir «se considera», fórmula por la cual se reconoce algo convencional y facticio, que decir «son», fórmula que lleva pretensiones de rigor y de exactitud. La ley en semejantes casos no es sólo declaratoria, es creadora tambien.

4. Tres clases de personas van aquí á incluirse en esta definicion. La ley debe hacerlo, porque á todas tres va á tratarlas con igualdad, porque va á establecer un mismo derecho para ellas, porque hay algo, y muy importante, de comun, que las liga y las iguala. Pero la verdad es que la denominacion que va á aplicar á todas, no á todas ellas compete en el lenguaje comun. En éste se aplica con la plena propiedad á la primer categoría, mas no á la segunda, ni á la tercera. Si tratándose, pues, de aquella sola, hubiere debido seguirse la fórmula comun, tratándose de las tres, es mejor hecho el emplear la que encontramos. *Son* seguramente autores los que inmediatamente toman parte en la ejecucion de un crímen; los que fuerzan ó inducen á él; los que cooperan á su comision, por un acto para ella necesario, esos sería un poco duro el

decir que tambien lo fuesen; mejor es declarar que *se les considera* tales.

5. Explicada y aprobada esta delicadeza de redaccion, vengamos á los tres *números* que componen el artículo. Examinémoslos, y juzguémoslos.

6. Queda dicho ya en el Comentario del artículo precedente que la idéa capital que quiere consignar el Código por la expresion «autores de un crímen» es el hecho de haber concurrido *directamente* á su comision; contraponiéndolos á los cómplices, cuya concurrencia es *indirecta*, y á los encubridores, cuya participacion es *posterior* al acto.

7. Si esto es así, en los tres *números* del artículo que nos ocupa, se deben comprender todas las posibilidades de la concurrencia directa, y sólo esas posibilidades de tal directa concurrencia.

8. El primero se refiere á las personas que *inmediatamente toman parte* en la ejecucion del hecho. Donde son de advertir esas dos idéas que señalamos: una *tomar parte*, mayor ó menor, pero siempre real y efectiva; otra *inmediatamente*, es decir, de un modo próximo, de un modo que no sea de pura preparacion, de pura proteccion, que sea de acto, de obra, y no de complicidad.

9. Se prepara un asesinato, y concurren á él diferentes personas. Todas rodean á la víctima: todas la fascinan ó la sujetan: unas le dan el golpe; pero las que no se lo dan, contribuyen en el momento para el éxito del propósito comun. Este quitó la espada al embestido, aquel le hizo caer en tierra, un tercero le tapó la boca para que no gritase. Nada importa que uno solo le hubiese apuñalado; todos los que hemos dicho son autores de la muerte segura.

10. Una cuadrilla de facinerosos recorre los caminos, y sorprende la diligencia, y despoja á los viajeros que ésta conduce. No sólo el que de hecho recogió las bolsas de cada cual es el autor del robo: lo son todos los que concurren á él. Eslo el que sujetó al postillon, el que detuvo los caballos, el que voceó para que se apartasen del camino, el que concurrió en silencio con su escopeta en la mano, aumentando el poder de la banda, el que se puso en tanto de centinela, siendo de ella, para que no la sorprendiesen. La participacion directa é inmediata es de todos: la concurrencia es de ese género que constituye agentes de la obra.

11. Pero tenemos que hacer aquí una observacion. Los delitos, sobre todo ciertos delitos, suelen no presentarse ni suceder aislados, sino por el contrario, mezclarse y agruparse de mil suertes, dando los unos ocasion para otros. En una sublevacion pueden ocurrir desastres de otra especie, robos, muertes, violencias, todo género de estragos. En un robo en los caminos pueden, asímismo, acontecer desmanes de otra índole. Aquello para que se conciertan los hombres en el sendero del mal, no es tal vez lo único que resulta de sus hechos. Lanzados por esa peligrosa via, cada crímen engendra ó da ocasion á nuevos crímenes. De aquí pueden proceder dificultades numerosas sobre la calificacion de

quiénes eran los autores en cada cual de los cometidos. Todos iban en union y en acuerdo: ¿cómo distinguir los que efectivamente tomaban ó no tomaban parte? ¿Fueron ó no fueron todos los bandidos, reos del asesinato? ¿Fueron ó no fueron todos los sublevados, reos del incendio?

12. Todos son autores, sin duda, de aquello en que habian convenido, y en que inmediatamente tomaron parte; mas en lo que ocurrió sin anterior concierto, en lo que sobrevino en el curso de la obra á que todos concurrian, ahí está la cuestion, ahí está el problema. Parece que debe estimárseles autores en aquellos casos en que la derivacion del uno al otro delito era fácil, ya que no necesaria; parece que no debe declarárseles, cuando en realidad no se la podia, ó no era natural presumirla. Parece lo primero, cuando el acto particular se ha hecho á paciencia de todos, ó en su interes; parece lo segundo, cuando los demás no han podido impedirlo, ni se puede suponer que desearlo. Cuando un caminante que amaga defenderse de los ladrones, es muerto por alguno de ellos, bien se puede presumir á todos autores del delito: cuando un caminante, que se ha entregado, es muerto repentinamente por aquel, los compañeros de éste, autores del robo, no lo son del homicidio que sobreviene.

13. Esto es, en todo rigor de justicia, lo que parece que nos dice la razon. Sin embargo, es menester un esmero muy particular en tales inducciones, para no exponerse á consecuencias aventuradas. Mejor es en todo caso, no admitir sino lo que evidentemente resulta. Cuando varios hombres acuden á un acto, no son todos ellos autores sino de aquello para que se han reunido. Lo que, aparte de ese fin, cualquiera de ellos hiciere, mejor es, y más seguro, estimarlo sólo su obra. En los otros, más bien podrá suponerse complicidad ó encubrimiento, que no una codelincuencia que los haga á todos autores. Para esto es necesario que aparezca clara la participacion.

14. Vengamos ahora al *número* segundo del artículo. Segun éste, *se consideran* tambien autores de un delito á los que fuerzan *(a)*, ó inducen *(b)* directamente á otros para ejecutarle.

15. Lo primero *(a)* no nos ofrece dificultad alguna. El que materialmente, por violencia real, ó por miedo grave, cual lo explicamos en los Comentarios á los *números* 9 y 10 del art. 8, obliga á otro á la comision de un acto punible, ese es, sin duda ninguna, el verdadero autor de aquella obra, ese es el agente que ha de responder de ella. El forzado, el amedrantado hasta aquel punto, no son más que frágiles y miserables instrumentos de una inteligencia y de una voluntad más poderosas. La misma razon que hay para eximir de todo cargo al uno, hay tambien para imponérselo al otro. La cualidad de autor se traslada aquí justísimamente.

16. Lo segundo *(b)* presenta ménos claridad, y da motivo á más difíciles consideraciones. *Inducir* es una palabra en cierto modo vaga áun á pesar del enérgico adverbio que la califica.

17. Aquí hemos pasado, como se ve, de la participacion material á la participacion moral. Esta es la que busca la ley, para igualarla con la otra, para ponerla como la otra. Y acertadamente sin duda ha vuelto sus ojos hácia ella; porque el delito es un acto complejo, en que lo moral y lo material han de ir siempre á la vez, y que falta cuando alguno de esos elementos falta y se extingue.—Tratemos, pues, de la participacion moral.

18. La participacion moral, que puede verificarse hasta en la ejecucion, pero que ordinariamente se contrae á la resolucion del crímen, —se realiza, segun nuestra razon, por estos tres únicos medios; el precepto, el pacto, el consejo. La palabra *induccion*, que usa la ley, los abarca todos, y no abarca nada más. Cualquiera otra que ocurra, promesa, seduccion, ruegos, etc., se reducirá sin trabajo á una de aquellas tres. Permítasenos, por consiguiente, que hablemos en particular de ellas.

19. El precepto. Hé aquí una de las más graves de las inducciones: hé aquí uno de los motivos de participacion ó concurrencia moral; que más satisfacen á la razon.—El precepto puede conducir al mismo punto á donde conducen la fuerza y el miedo, á la completa exencion del agente material, á la reasuncion de la responsabilidad toda sobre la cabeza del que lo ha dictado. El *número* 12 del art. 8 lo establece de un modo terminante.

20. Pero no es necesario llegar á ese extremo: no hay que poner el caso de que la obediencia sea *debida*. La debilidad de muchos hombres facilita y asegura la autoridad de otros. La subordinacion y la disciplina social, que sólo deberian servir para lo bueno, pueden servir asimismo para obras fatales y desgraciadas. El hábito de la obediencia en lo lícito puede hacer que se obedezca en lo vedado. Los superiores pueden abusar de su posicion: los inferiores pueden humillarse demasiado en la suya.

21. Cuando esto suceda, el agente material no quedará ó se tornará irresponsable; pero habrá un agente moral, que se habrá elevado á la calidad de autor. Tal le *considera* la ley, y el entendimiento se satisface con sus declaraciones y las llama justicia. Quien induce *mandando*, es autor del delito.

22. El pacto, y bajo de esta categoría, la promesa, la seduccion, la esperanza.—Nuevo género de participacion, que no es ménos fácil y sencillo de comprender: nueva induccion no ménos criminosa. Un interesado en cualquier crímen ajusta su realizacion con otro, más dispuesto que él para perpetrarlo: otro ofrece, si no contrata: hace esperar, si no promete en términos expresos. Un precio material ó moral se ha presentado para impeler á la comision del delito: es Mefistófeles al lado de Fausto: es Satanás, que arrebata á Jesus á lo alto del monte, y le ofrece los reinos de la tierra en pago de su idolatría.—Tambien la conciencia humana aprueba á la ley, cuando esta declara á ese seductor,

á ese comprador de crímenes, autor verdadero de los que busca y satisface. Aquí no se exime de responsabilidad el pagado ni el seducido; hay, léjos de eso, para tales agentes una circunstancia agravante (*número* 3.° del art. 10); mas en la sima en que ellos han caido, cae tambien el que los paga ó el que los seduce. Todos son igualmente autores.

23. La última forma de participacion moral es la del consejo. Debemos reconocer que éste por lo comun no llega hasta la induccion, y por consiguiente no produce de ordinario el efecto de este artículo. No puede encausarse como ladron al que con una malicia diabólica dijo «*roba*» á los oidos de un miserable, ó «*véngate*» á los de un colérico. El mal consejo es sin duda una horrible accion, pero que escapa regularmente al poder de la justicia humana. Extremeceríase ésta ante lo inmenso, ante lo imposible, si la obligaran á dilatar tanto su accion y su poder.

24. Sin embargo, posible es en todo rigor que alguna vez el mero consejo determine el delito. Las circunstancias del tiempo, de la ocasion y de las personas, son decisivas en este punto; y el mismo que en otro caso rechazara preceptos, y desdeñara ofertas, tal vez se habrá dejado impeler por un mero consejo, y lanzádose á su consecuencia por el camino que se le abre.

25. Mas cuenta que la ley exige un requisito, lo mismo para el consejo, que para el precepto, que para el pacto. Toda induccion ha de haber sido hecha directamente. Quizá no son éstas las más temibles; pero son las únicas que pueden caer bajo la condena legal. Una conminacion como la del Código, no puede lanzarse á la ventura. Es menester asegurarse mucho, para dar por sentada esta concurrencia moral de que hablamos. La imperfeccion de nuestros medios de conocimiento nos obliga á ser cautos y prudentes. Quedarán á veces sin ser declarados autores de los delitos algunos á quienes convendria tal calificacion; pero, de seguro, no se dará á ninguno que no la merezca. Podrá incriminar la conciencia más que la ley; mas no acusará á la ley de injusta ni de cruel.

26. Tercer *número* del artículo. Los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto, sin el cual no se hubiera efectuado.

27. Ya no hablamos aquí de la concurrencia á la resolucion del delito, como en el *número* precedente: hablamos de una especie de concurrencia á la ejecucion. No concurrencia en el crímen mismo, sino en un acto necesario para él.

28. El criado que abre la puerta para que entren los ladrones, que de otro modo no hubieran podido entrar; el que descubre el lugar donde estaba el tesoro, lugar que él solo conocia; el que por medio del éter ó del cloroformo adormece una jóven á quien otro violenta; hé aquí tres ejemplos de las prescripciones de este *número*.

29. Dos cosas son necesarias para que la comision de este otro acto, que no es el delito mismo, constituya á su autor en verdadero autor de éste. La primera ya la dice la ley: que aquel acto sea tan indispensa-

ble, que esté tan ligado con el segundo, que sin él no se hubiera verificado el delito cual se verificó. Si no es tal antecedente preciso, la codelincuencia falta y se extingue; podrá haber complicidad, podrá no haber nada. Si cuando se empleó el cloroformo, la jóven estaba sin recurso y sin defensa en poder de sus violadores, quien lo dió, cualquiera que sea el juicio que formemos de su conducta, no es uno de los autores de la violencia.

30. Segunda circunstancia: que el autor del acto de que tratamos sepa lo que hace, y conozca las consecuencias que de ello van á seguirse. El que vende arsénico, creyendo que es para ratones, no es autor del envenenamiento que con aquel se comete. El que abre una puerta, creyendo hombre de bien al que llama, no es autor del robo que por su acto se sigue.—No se delinque nunca, cuando faltan la inteligencia, la intencion, y la voluntad. Esto no lo dice aquí la ley; pero lo tiene dicho una vez por todas.

31. Tal es la explicacion que da el Código de la concurrencia directa al delito. Tal su definicion de los que se *consideran* autores de éste. Hasta aquí nos han parecido arregladas á buenos principios. En el artículo siguiente, declarando la complicidad, acabarán de fijarse y esclarecerse nuestras idéas.

Artículo 13.

«Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan á la ejecucion del hecho por actos anteriores ó simultáneos.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 60. *Serán castigados como cómplices de una accion calificada de crímen ó de delito, los que por dádivas, promesas, amenazas, abuso de autoridad ó de poder, maquinaciones ó artificios culpables, hayan provocado la accion, ó dado instrucciones para cometerla: los que hayan procurado armas, instrumentos ú otro cualquier medio para cometer el hecho, sabiendo el uso que debia dárseles: los que á sabiendas hayan ayudado ó asistido al autor ó autores del hecho en los que le hayan preparado ó facilitado, ó en los que le hayan consumado; todo sin perjuicio de las penas especialmente impuestas en este Código á los autores de las maquinaciones ó provocaciones atentatorias á la seguridad interior ó exterior del Estado, áun en el caso de que el crímen que se hubiesen propuesto los conspiradores no hubiese llegado á realizarse.*

Art. 61. Los que con conocimiento de la conducta criminal de los malhechores que cometan excesos ó violencias contra la seguridad del Estado, la paz pública, las personas ó las propiedades, les faciliten habitualmente albergue, punto de retirada ó de reunion, serán castigados como cómplices.

Art. 60. Los que á sabiendas hayan ocultado en todo ó en parte las cosas robadas, hurtadas ú obtenidas por medio de un crímen ó de un delito, serán tambien considerados como cómplices de este mismo crímen ó delito.

Cód. aust.—*Art. 6. El que sin un concierto anterior se hace cómplice de un culpable, asistiéndole ó ayudándole despues de cometido el delito, ó que, teniendo conocimiento del mismo, reporta de él alguna utilidad ó ventaja.....*

Cód. napol.—*Art. 74. Son cómplices de un crímen: 1.° Los que hayan dado comision ó mandato para cometerle. 2.° Los que por dádivas, promesas, amenazas, abusos de autoridad ó de poder, maquinaciones ó artificios culpables, lo hayan provocado, ó dado las instrucciones necesarias para cometerlo. 3.° Los que hayan procurado armas, instrumentos, ú otros medios empleados para ejecutar el hecho, con conocimiento del uso que iba á dárseles. 4.° Los que á sabiendas hayan facilitado ó ayudado al autor ó autores del hecho, en aquello que han preparado, facilitado ó consumado.*

Cód. brasil.—*Art. 5.° Serán criminales, como cómplices, todas las demás personas* (véase el art. 4.°, concordancia al nuestro anterior) *que directamente concurran á cometer los crímenes.*

Art. 6.° Tambien serán considerados como cómplices: 1.° El que encubra, oculte ó compre las cosas obtenidas por medios criminales, sabiendo ó debiéndolo saber por la cualidad ó condicion de las personas de quienes la han recibido por encargo ó compra. 2.° Los que den asilo, ó faciliten sus casas para la reunion de asesinos ó ladrones, con conocimiento de que cometen, ó se proponen cometer tales crímenes.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 14. Son cómplices: 1.° Los que libre y voluntariamente, y á sabiendas, ayudan ó cooperan á la ejecucion de la cul-*

pa ó del delito en el acto de cometerlo. 2.° Los que, aunque no ayuden ó cooperen á la ejecucion de la culpa ó del delito en el acto de cometerlo, suministran ó proporcionan voluntariamente las armas, instrumentos ó medios para ejecutarlo, sabiendo que han de servir para este fin. 3.° Los que á sabiendas y voluntariamente, por sus discursos, sugestiones, consejos, ó instrucciones, provocan ó incitan directamente á cometer una culpa ó delito, ó enseñan ó facilitan los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometa la culpa ó delito de resultas de dichos discursos, sugestiones, consejos ó instrucciones. 4.° El que libre y voluntariamente y á sabiendas, por soborno ó cohecho, con dádivas ó promesas, ó por órdenes ó amenazas, ó por medio de artificios culpables, hace cometer el delito ó culpa que de otra manera no se cometeria. En las promesas que constituyen el soborno ó cohecho, se comprenden las esperanzas de mejor fortuna ofrecidas por el sobornador al sobornado.

Art. 16. Son auxiliadores y fautores: 1.° Los que voluntariamente y á sabiendas conciertan entre sí la ejecucion de una culpa ó delito que llega á tener efecto; pero que no cooperan ni ayudan á su perpetracion en el acto de cometerlo, ni la causan por ninguno de los medios expresados en el artículo 14. 2.° Los que sin noticia ni concierto prévio acerca de la culpa ó del delito, y sin ayudar ni cooperar para su ejecucion, acompañan en ella voluntariamente y á sabiendas al que lo comete, y le ayudan despues de cometido para ocultarle ó encubrir el delito, ó se aprovechan de sus consecuencias con el reo principal. 3.° Los que, habiendo ordenado, sugerido, aconsejado, enseñado ó facilitado voluntariamente y á sabiendas la ejecucion de un delito, ó sobornado, amenazado ó provocado para ella, son causa de que en vez de aquel delito se cometa otro mayor ó diferente, por consecuencia ó efecto inmediato de la órden, consejo ó instruccion dada, ó de la sugestion, soborno, amenaza, ó provocacion hecha. 4.° Los que voluntariamente y á sabiendas, por sus discursos, sugestiones, consejos, instrucciones, órdenes, amenazas ú otros artificios culpables, aunque no provoquen directamente á cometer el delito ó culpa, contribuyen principalmente á que se cometa. 5.° Los que voluntariamente conciertan con alguno de los reos principales ó cómplices, ántes de cometerse el delito y con conocimiento de éste, que receptarán ú ocultarán la persona de alguno de ellos, ó las armas, instrumentos ó utensilios de la ejecucion, ó alguno de los efectos en que consiste el delito, ó que los comprarán, expenderán ó distribuirán en todo ó en parte. 6.° Los que voluntariamenle y á sabiendas sirven de espías ó centinelas, ó hacen espaldas á los delincuentes para la ejecucion de un delito, ó les prestan para ello algun abrigo, noticia ó auxilio, no llegando á incurrir en ninguno de los casos del art. 14, ó les facilitan los medios de reunirse, ó les ofrecen, ántes de la ejecucion y con conocimiento de ella, proteccion, defensa, ó cualquiera otra ayuda para salvarlos ó encubrir el delito.

COMENTARIO.

I.

1. La definicion de la complicidad es muy diversa, segun los diferentes códigos. Algunos dan el nombre de cómplices á muchos de los que se llaman autores en el nuestro: otros se lo dan á los que éste llama encubridores. Las idéas, ó no son claras, ó no son iguales, sobre ese punto, en todos ellos.

2. No hay ciertamente un gran mal en esa confusion, cuando, como ha sucedido por muchos siglos, y como sucedia hasta ahora mismo entre nosotros, como sucede todavía en algunos paises, es una misma la pena de la accion, de la complicidad, y de la receptacion ó encubrimiento. Poco importa que se mezclen las especies, si es el castigo uno propio para todas. Pero cuando se ha creido justo y oportuno distinguir entre las penalidades; cuando, para llevar á cabo este propósito, se fija desde luego la escala con las tres categorías, con los tres grados; entónces es menester procurar todo lo posible la claridad de las definiciones, así como la exactitud de las idéas por cuya inspiracion se obra, á fin de no caer en errores, que en este particular han de ser siempre de importancia. Demasiado es ya que haya necesariamente de existir confusion en los últimos extremos, en los que las clases se tocan, y que haya de vacilar indecisa la razon más ejercitada, sin que queramos tambien exponernos en la inteligencia y en la aplicacion comun de las tres categorías, que queremos mantener diferentes.

3. Ya hemos dicho ántes de ahora la idéa fundamental que las ha inspirado. Ya hemos dicho que el Código considera como autores á los que directamente concurran á la accion, y llama cómplices á los que concurren indirectamente á ella. Es decir: lo primero, cuando tienen parte en la obra misma del delito, ó bien han ejecutado un hecho moral ó material, que, sin él, tal delito no habria tenido existencia. Lo segundo, cuando tambien han concurrido por algun acto coadyuvante, moral ó material, anterior ó simultáneo, pero sin el cual el delito habria podido existir. Hé aquí la línea que separa á la codelincuencia de la complicidad: hé aquí lo que coloca al coadyuvante, al concurrente, en la primera ó en la segunda categoría de la escala.

4. Así, como ántes queda expresado, el que durmió con el cloroformo á la jóven para que la violaran, es un autor del delito, es un codelincuente con el forzador; el farmacéutico que dió aquella sustancia, sabiendo el fin para que se le pedia, es un cómplice del propio mal. Sin

aquel, el delito no se habria verificado; sin éste, todavía hubiera podido realizarse: que ni era él solo quien poseia aquella materia, ni áun despues de tenerla, era todavía necesario é infalible su uso.

5. Así, como tambien queda dicho en el artículo anterior, el que ofreció dinero porque se asesinase á un su enemigo, es codelincuente, es autor de este crímen, juntamente con el que le disparó la pistola: miéntras que si sólo manifestó al homicida de qué manera le debia apuntar, de qué suerte le debia dar el golpe, para que fuese más seguro, cuando aquel estaba resuelto á matarlo, sólo fué su cómplice, su coadyuvante en esa línea, grave, pero subalterna. Sin aquel, tampoco el delito se habria verificado; sin éste, mejor ó peor dirigido, un poco ántes ó un poco despues, no se habria dejado de verificar.

6. Entendidas de este modo las palabras, comprendidas las definiciones de la ley, fácilmente se concibe la justicia con que ésta ha querido diferenciar las penas entre los autores y los cómplices de un delito. Fácilmente se vé que el mal de la complicidad es menor que el de la codelincuencia, que el cómplice queda inferior á los autores. La participacion de estos últimos, áun en los casos en que es más ténue, es siempre más decisiva que la de los primeros.

7. Consecuencia natural de ello—lo hemos dicho ya en otra parte—debe ser que la penalidad de cómplice quede siempre inferior á la del reo principal. No siendo él verdaderamente autor del delito, es imposible en buena justicia ponerlo á su lado, para castigarle con su misma pena. Cierto es que causa un mal grande, y no serémos nosotros los que pidamos su impunidad; pero mayor es aún el que causan los agentes verdaderos, y mayor severidad la que éstos reclaman para sí. Vanamente muchas legislaciones, draconianas en este punto, han escrito lo contrario, pugnando por sujetar á una regla lo que de hecho no puede nivelarse. Las legislaciones lo han prescrito; pero la conciencia humana lo ha rechazado. Jamás hemos visto que nuestros tribunales castigasen al cómplice como al autor, á pesar del precepto de la ley de Partida. Jamás creemos que lo hayan hecho los franceses, á pesar de lo terminante que está su código.

8. Empero olvidábamos que el profundizar esta cuestion pertenece á un lugar diverso. El artículo 63 es el que establece la pena de los cómplices; y á su Comentario, que no al presente, es al que toca dilucidar la materia á que nos íbamos abandonando ahora.

9. De este momento es sólo la definicion de la complicidad, definicion que creemos haber explicado suficientemente en los párrafos anteriores. Es la concurrencia mediata al crímen por medio de algun acto simultáneo ó anterior. La concurrencia del que dió el puñal: la concurrencia del que retuvo al dueño de la casa, miéntras los ladrones penetraban en ella. El acto que, no siendo el crímen, ni absoluta é indispensablemente necesario para el crímen, le facilita, le ayuda, coopera á su ejecucion, garantiza á sus autores en tanto que le están perpetrando.

10. ¿Se comprenderá en esta idéa la no revelacion del propósito de delinquir?

11. Indudablemente, si el que tiene noticia de un propósito criminal lo descubriese oportunamente, ora al que debe ser su víctima, ora á la autoridad, que tiene por encargo la proteccion comun y el castigo de los malos hechos, el tal propósito no llegaria á realizarse, embarazado por los obstáculos que le suscitarian ó el primero ó la segunda. La asechanza se veria descubierta, burlado el asesino, chasqueado el que iba á escalar una pacífica habitacion. Esto, repetimos, no puede disputarse. Quien sabe que se prepara un mal, y calla, y no lo descubre, coopera en cierto modo á él, y lo favorece con su silencio. En rigor de lógica, tenemos ahí una complicidad negativa.

12. Sin embargo, ha sido en vano el que algunas leyes se empeñasen en declararla tal. Nuestra conciencia, que resistia de por sí á hacer semejante deduccion, hasta la ha resistido cuando expresamente la ha encontrado escrita en el derecho. Nadie llama cómplice al que no revela: nadie sufre ni consiente que la revelacion sea una necesidad exigible: nadie ha probado jamás que la no revelacion se convierta generalmente en delito. La conciencia rechaza aquí la lógica, y se subleva contra la ley. En ese particular no ha querido nunca recibir preceptos, sino guiarse por sus inspiraciones. Es cuestion de honra y de delicadeza; no es cuestion de deberes positivos y vulgares. Es uno de esos santuarios, donde no permitimos entrar una vista, un juicio, un sentimiento, que no son los nuestros propios.

13. Teniendo en cuenta nuestro Código tales disposiciones, no habia exigido la revelacion más que en un solo caso, á saber, en los delitos de lesa majestad (art. 163). Este hecho convence de que en los demás no ha querido ser rigorosa (1). Imitarémos, pues, su ejemplo: respetarémos los instintos humanos, que tanto valen para el hombre de buen sentido como para el filósofo: no reclamarémos lo imposible, ni dirémos que hay complicidad porque no se haya revelado un mal propósito que se sabía. Callará la justicia externa, y dejará la calificacion de tal hecho á la conciencia, que lo ha reservado para sí.

14. Este artículo tenia primitivamente un segundo párrafo, que era una excepcion de la doctrina consignada en el primero. Su idéa capital, el fundamento de su teoría, se encontraba aquí abandonada y contradicha. Decia textualmente: «Tambien se consideran cómplices los que dan asilo ó cooperan á la fuga de los delincuentes notoriamente habituales, con tal que no sean sus ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos ó afines en los mismos grados.» La reforma de 1850 lo ha supri-

(1) En la reforma de 1850 se exige la revelacion para eximir de pena á los que se desisten de las conspiraciones para cometer delitos. Véase el art. 4.° y nuestro Comentario.

mido; y no serémos nosotros quienes la culpemos por haber devuelto en esta parte al Código su consecuencia y su sencillez.

Artículo 14.

«Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetracion del delito, sin haber tenido participacion en él como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad á su ejecucion, de alguno de los modos siguientes:

»1.° Aprovechándose por sí mismos, ó auxiliando á los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito.

»2.° Ocultando ó inutilizando el cuerpo, los efectos ó instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento.

»3.° Albergando, ocultando ó proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

»Primera. La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

»Segundo. La de ser el delincuente reo de regicidio ó de homicidio cometido con alguna de las circunstancias designadas en el *número* 1.° del artículo 333, ó reo conocidamente habitual de otro delito.

»Están exentos de las penas impuestas á los encubridores los que lo sean de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos, ó afines en los mismos grados, con sola la excepcion de los que se hallan comprendidos en el *número* 1.° de este artículo.»

CONCORDANCIAS.

Cód. aust.—*Art.* 193. (Se incurre en responsabidad criminal): *Ocultando á la investigacion judicial indicios que puedan servir para el descubrimiento del delito ó de su autor, ú ocultando al culpable, ó dando aviso á los delincuentes conocidos por tales, ó favoreciendo sus conciliábulos, pudiendo impedirlo.*

Cód. esp. de 1812.—*Art. 17. Son receptadores y encubridores: 1.° Los que voluntariamente, sin concierto ni conocimiento anterior á la perpetracion del delito, receptan ó encubren despues la persona de alguno de los autores, cómplices ó auxiliares, ó la protegen ó defienden, ó le dan auxilios ó noticias para que se precava ó fugue, sabiendo que ha delinquido; ú ocultan alguna de sus armas, ó alguno de los instrumentos ó utensilios con que se cometió el delito, ó alguno de los efectos en que éste consista; ó compran, expenden, distribuyen ó negocian alguno de ellos, sabiendo que aquellas armas, instrumentos ó utensilios han servido para el delito, ó que de él han provenido aquellos efectos. 2.° Los que voluntariamente, aunque sin conocimiento del delito determinado que se haya cometido, acogen, receptan, protegen ó encubren á los malhechores, sabiendo que lo son, ó les facilitan los medios de reunirse, ú ocultan sus armas ó efectos, ó les suministran auxilios ó noticias, para que se guarden, precavan ó salven.*

Art. 20. Las personas receptadoras ó encubridoras de sus padres ó ascendientes en línea recta, de sus hijos ó descendientes en la misma línea, de sus maridos ó mujeres, ó de sus hermanos, no sufrirán por ello pena alguna; excepto si expendieren ó distribuyeren alguno de los efectos en que consista el delito, ó se aprovecharen de alguno de ellos, sabiendo su procedencia; en cuyo caso serán castigados con la octava á la cuarta parte de la pena prescrita contra los autores del delito. Tambien se castigará solamente con la octava á la cuarta parte de dicha pena, en todos casos, á las personas receptadoras ó encubridoras de cualquiera de sus parientes consanguíneos ó afines hasta en cuarto grado inclusive, de sus amos, maestros, tutores ó curadores, ó de aquellos con quien estuvieren unidas por amistad, amor, gratitud ó compañía doméstica de dos meses por lo ménos ántes de la recepcion ó encubrimiento, y de una manera que sea conocida en el pueblo respectivo la amistad, amor, motivo de gratitud ó compañía.

COMENTARIO.

I.

1. Las circunstancias generales que constituyen en todo caso el encubrimiento de un delito, son tres. Primera, no haber tenido en él participacion alguna en tanto que se resolvia ó se cometia: segunda, tener, despues de cometido, noticia ó conocimiento de que se ha perpetrado: tercera, intervenir de cierto modo en lo que podemos llamar su rastro, su prolongacion, sus consecuencias.

2. Las dos primeras de estas circunstancias son omnímodas y absolutas. Cuando falta la primera, esto es, cuando se ha tenido alguna participacion en la obra criminal, por pequeña que sea; cuando á ella se ha

ayudado de cualquier suerte, la posicion de la tal persona evidentemente cambia y se agrava: es más que un encubridor, es un autor ó es un cómplice.—Cuando falta la segunda, esto es, cuando no hay conocimiento, cuando *no debe ni puede racionalmente* haberlo de la comision del crímen, tambien cambia, pero se aligera la situacion de tal persona: es irresponsable, es inocente, no se le puede imponer castigo alguno.

3. Pero téngase en cuenta que hemos dicho «cuando no debe ni puede racionalmente tener noticia del mal.» Lo hemos dicho de propósito, y es necesario no olvidarlo. Lo hemos dicho para cerrar la puerta á ignorancias pecaminosas y culpables. No basta decir «yo no lo sabía,» cuando hechos notorios y de los que llaman á todo el mundo la atencion han debido hacer sospechar. Un mendigo, un hombre conocidamente pobre y sin recursos, llevan á vender alhajas distinguidas á casa de un platero, y las dan por un precio inferior al justo. No puede decir ese platero, si las compra, que él no tenia noticia de que las hubiesen robado. Debió sospechar, porque no era posible que dejase de caer en sospechas. Su ignorancia ó fué voluntaria ó mentida, y ni en uno ni en otro caso puede justificarle.

4. Mas el punto grave de este artículo es la tercer circunstancia entre las que dejamos apuntadas arriba. Ella no es absoluta y omnímoda como las otras; ella ha merecido de la ley y reclama de nosotros más ámplias explicaciones, para conocerla y estimarla con acierto.—La ley dice que la intervencion posterior que ha de tener una persona en lo tocante al delito, para que se la estime encubridora de él, y sufra las debidas penas, debe estar cifrada en uno de estos tres órdenes de hechos, que señala y expresa: 1.° Aprovecharse por sí mismo ó auxiliar á los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito. 2.° Ocultar ó inutilizar el cuerpo, los efectos ó instrumentos de aquel para que no se le descubra. 3.° Albergar, ocultar ó proporcionar la fuga al culpable para sustraerle de la justicia, mediando ciertas y determinadas condiciones.

5. Sólo por la simple lectura de estas líneas se vé claramente la razon con que el Código ha procedido en sus preceptos. Verdad es que el delito estaba realizado; verdad es que la persona en cuestion no habia tomado parte alguna en su marcha; verdad es—ó al ménos lo pasarémos asi por un instante—que su accion no ha tenido ninguna influencia en el hecho criminal. Sin el encubridor se habria cometido el homicidio, y demos tambien que se hubiese intentado el robo. Pero ¿es por ventura, no digamos una obra moral, sino una obra siquiera disimulable, la que aquel comete en aprovechar los resultados del delito? ¿Lo es la de sustraer á la justicia los medios de averiguar éste y de perseguir á sus autores? No: esos actos son tambien criminales; la justicia los condena, la utilidad pública pide su correccion.

6. Era, pues, indispensable una de dos cosas. O hacer del encubrimiento una série de delitos *sui generis*, señalándoles determinadamente

penas, con arreglo á las circunstancias que los caracterizasen, ó hacer de él un accesorio del crímen principal, dando reglas que ordenasen esta relacion que se creaba.—Así lo ha hecho, y lo ha hecho satisfactoriamente, la ley.

7. ¿No hay, en efecto, esa relacion entre el delito primitivo y el acto por el cual se le encubre? ¿Nō hay una especie de complicidad entre el que se aprovecha de un robo y el que lo ha ejecutado? ¿No reitera aquel, en cuanto le es posible, el acto del primero? ¿No se asocia á su obra y le presta su aprobacion moral para ella misma, su concurrencia material para llevarla á término? Cuando se arrebata algo por la violencia, cuando se sustrae por la maña, la accion no tiene por definitivo objeto el arrebatar ó sustraer: se quita para gozar: se delinque para aprovecharse del delito. Luego el que viene á participar del provecho, no puede decirse completamente extraño á la obra. Él hace cuanto puede por concurrir á ella, él concurre á su consumacion.

8. Hemos supuesto, por otra parte, que los crímenes se cometerian del mismo modo habiendo, que no habiendo encubridores; pero esta proposicion en la mayor parte de los casos es inexacta. Cometeríanse, sin duda, aquellos delitos en que una gran pasion arrebata é impele á los delincuentes: una venganza, un acto de fanatismo, por ejemplo, una conspiracion, una muerte reñida. Pero de seguro no se cometerian muchos otros, para cuya realizacion se piensa y se calcula, de los cuales se esperan goces y provechos materiales. El robo en particular, apénas se concibe sin la receptacion ó el encubrimiento. ¿De qué servirian las alhajas robadas si no pudieran venderse, si no se convirtieran fácilmente en numerario? Y ¿cómo sucederia esto sin esa concurrencia posterior, que no es el robo mismo, pero que utiliza y consuma los resultados del robo?

9. Pero vengamos ya al exámen de estos tres modos de intervenir que hemos copiado de la ley.

II.

10. Es el primero aprovecharse por sí propio, ó auxiliar á los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito. Comprárselos, recibirlos en don, y usar de ellos; fingir que se le han vendido; llevarlos á vender; presentar en juicio el documento falsificado, para obtener lo que se codicia. Hé aquí algunos ejemplos, como podrian presentarse muchos otros. En todos ellos hay un aprovechamiento material, que lleva consigo la complicidad moral, si es lícito decirlo así, de la obra.

11. Segundo caso. Ocultar ó inutilizar el cuerpo del delito, los efectos ó instrumentos con que se ha ejecutado, ó que proceden de él, para impedir que se descubra. Echar el cuerpo muerto en un pozo; enterrar el cuchillo con que se mató; despedazar y trastornar la ropa robada; verter los restos del veneno, que, si se percibieran, comprometerian al

delincuente. Hé aquí tambien ejemplos de este segundo medio de intervencion posterior.

12. Mas tratándose de éste, es necesario tener en cuenta que há menester dos elementos, dos condiciones; uno material, otro moral ó intencional: la ocultacion ó la destruccion de los efectos físicos, por una parte; el designio de impedir el descubrimiento del crímen por la otra. La mujer que lavó la sangre por el deseo de la limpieza; el hombre que arrojó el cuchillo porque estaba abandonado, y de nada servia, no están comprendidos en el *número* que examinamos. Es menester que se oculte con el ánimo deliberado de impedir á la justicia su accion.

13. ¿Deberá presumirse este propósito, cuando resulte el hecho material que ha de concurrir con él para el encubrimiento? ¿Corresponderá, por consiguiente, al que lo hubiere ejecutado la prueba de su inocencia? No nos atrevemos á decirlo. En este punto no cabe regla general. Las circunstancias del hecho y de la persona serán las que puedan indicar la presuncion á la sabiduría ó á la prudencia de los tribunales: las suposiciones *à priori* nos parecen inútiles.

14. Tercer *número* ó caso del artículo. Albergar, ocultar ó proporcionar la fuga al culpable, mediando las especiales circunstancias que expresa.

15. De manera, que albergar á cualquier reo, que ocultar á cualquier proscripto, que auxiliar caritativamente la fuga natural á los perseguidos, en la generalidad de los casos, es una accion que la ley respeta, guardándose de echar en quien la ejecuta, el feo carácter de encubridor.—¡Honor á la legislacion que así lo declara! ¡Honor al Código que respeta de esa suerte los sentimientos de delicadeza y de humanidad!—Veamos ahora esas circunstancias excepcionales.

16. La primera es que intervenga abuso de funciones públicas. Nótense bien las palabras de la ley. No es el caso de ésta que la ocultacion se verifique por un funcionario, sino por uno que abuse con ella del encargo público que le asiste. Ha de ser por consiguiente un funcionario que deba perseguir al reo. Ha de ser de los destinados á aprisionarle. O bien ha de mediar algun acto de sus atribuciones, empleado para proteger la ocultacion ó la fuga del delincuente. Es encubridor el comisario de policía, que le debe buscar, y le tiene en su casa. Es un encubridor el alcalde que le da pasaporte.—En tales casos, hay delito de funcionario público que falta á sus obligaciones, y hay encubrimiento de aquel otro crímen principal.

17. Y esta excepcion es justa. No es laudable la delicadeza que conduce á tales resultados. Los deberes del funcionario en ejercicio son mucho más severos que los deberes comunes.

18. Segunda circunstancia. «*La de ser el delincuente reo de regicidio ó de homicidio cometido con alguna de las circunstancias designadas en el* número 1.° *del artículo* 333, *ó reo conocidamente habitual de otro delito.*» Es, pues, compuesta, ó por mejor decir, múltiple esta disposicion, com-

prendiendo *(a)* al reo de regicidio, *(b)* al de cierto homicidio que debe ser muy calificado, y *(c)* al delincuente habitual, al que tiene por costumbre esa vida triste y desgraciada, y que, por decirlo así, le excluye de la sociedad comun.

19. Por lo que hace al primero, al regicidio, la razon de la ley es perfectamente comprehensible. Es tanto el interés social que se halla comprometido por aquel crímen, debe rodearle el legislador de tanta repulsa, de tanto ódio, que se concibe bien, y no puede extrañarse el que haya prevenido á todos los ciudadanos nieguen el agua y el fuego á sus execrables autores. Es la excomunion política, con todas sus consecuencias. Para ellos no hay asilo, no hay misericordia en el Código.

20. Síguese el homicidio, con las circunstancias comprendidas en el *número* 1.º del artículo 333; es decir, con alevosía; por precio ó promesa remuneratoria, por medio de inundacion, incendio ó veneno; con premeditacion conocida; y con ensañamiento, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido. A quien tales delitos y tan calificados cometiere, la ley lo excomulga tambien, para valernos de la expresion que hemos empleado: al que le albergare, ocultare ó proporcionare la fuga, el presente artículo señala y condena como encubridor.

21. ¿Deberémos tambien aprobar este precepto, prestar nuestro apoyo, nuestra aquiescencia, á un rigor semejante? De seguro, el homicidio con accidentes de ese género, es un crímen horrible, que la ley condena con aplauso general y que la conciencia de los individuos condena tanto ó más que la ley. De seguro, ningun hombre honrado acepta de buena voluntad el albergar, el ocultar, el proporcionar la fuga de tales delincuentes. Pero hay tambien otras cosas que no admite ni hace ninguna persona que se respeta y se estima: negar albergue por una noche á un desgraciado; no dar paso por su casa á quien se presenta afligido á reclamarle, suponiéndose más infeliz que criminal. ¿Qué hemos de hacer en un conflicto de este género? ¡Honor, decíamos antes, á la legislacion, al Código, que comprenden y sancionan los sentimientos de humanidad y delicadeza! ¡Honor, dirémos tambien, á los tribunales que sepan conciliar lo que justa y severamente ordena la ley, y lo que exige el instinto de la dignidad y la caballerosidad en los pechos nobles y elevados!

22. Por fortuna, la ley no ordena que se entregue al fugitivo, sino que no se le oculte; que se le niegue el pan, sino que no se le albergue; que se le delate, sino que no se le proporcione la fuga. La nobleza de corazon es ingeniosa para indicar lo que deberá hacerse en determinados casos. Y además de todo, es menester que se sepa, sin duda alguna, que el reo lo es de tal delito y de tales circunstancias: es esta una excepcion, y las excepciones no se presumen.

23. El tercero de los casos indicados en esta parte del *número* es el que se refiere al delincuente habitual: en este punto, la reforma del Código ha sido más humana que la redaccion primitiva. Al que favorecia á

semejantes criminales del modo que aquí se prohibe, aquella redaccion los declaraba cómplices; la actual los califica de encubridores tan sólo. De más está el decir que aprobamos, y que nos parece justa la modificada disposicion. Esos criminales de que aquí se trata, ni pueden invocar defensa alguna, ni áun disfrazarse, como otros, con apariencias que conmuevan el ánimo de un hombre de bien. Son ramas secas, que no deben permanecer en el árbol.—Pero al decir esto, recordamos la definicion de lo habitual; y nos confirmamos más en los temores de que no sea la que debe ser, para deducir de la palabra lo que todos naturalmente deducimos.

III.

24. Concluye este artículo con un último é importante párrafo, eximiendo de las penas impuestas á los encubridores, á varias personas, ó categorías de personas que declara. Tales son los ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos, ó afines en los mismos grados, de los principales reos.

25. Tambien era esto justo é indispensable. La ley social no puede ni romper ni prescindir de las leyes de la naturaleza. Su deber es, por el contrario, fortificarlas. El padre tiene que destruir las cartas que comprometen á su hijo; la madre tiene que lavar la sangre que le acusa; el hermano, si es su carcelero, tiene que abrirle la puerta de la prision. Aunque haya matado al Rey, su mujer no puede cerrarle su habitacion, ni mucho ménos delatar su presencia.

26. Una sola excepcion encontramos á este precepto tan general, y es la comprendida en el primer *número* del artículo. La mujer que vende las alhajas que su marido robó, es encubridora del robo: el hermano que usa ó emplea el documento que falsificó su hermano, es encubridor de la falsedad. Y esto tambien es incensurable y justo. Los lazos de familia nos obligan á proteger la persona de un delicuente, pero no á completar los efectos criminales de su delito. Salvarlos en buen hora: seguir delinquiendo con ellos ó como ellos, eso no puede ser permitido ni tolerado.

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LAS PORSONAS RESPONSABLES CIVILMENTE DE LOS DELITOS Y FALTAS.

Artículo 15.

«Toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es tambien civilmente.»

CONCORDANCIAS (1).

Instituta.—*Lib. IV, tít. 1..... Sequitur ut de obligationibus ex maleficio..... despiciamus..... Hae vero unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio.....*

Partidas.—*Ley 13, tít. 14, P. V.—Malfetrías é daños facen los homes muchas vegadas en las cosas ajenas, cortando árboles, é arrancando viñas; é matando ó firiendo siervos, é ganados, é en otras maneras semejantes destas. E por ende decimos que si alguno oviesse demanda contra otro por daño ó menoscabo quel oviesse fecho en alguna destas cosas, que finca obligado el malfechor al que rescibió el daño, tambien como por otra debda que le oviesse á dar. E cualquier, uno ó muchos, quel demandassen la malfetría en juizio, por quien fuesse dada la sentencia primeramente, contra el malfechor, debe seer entregado primeramente, cada uno dellos, en los bienes del malfechor, en la manera que de suso diximos en la ley que comienza: sacan debdas.*

---

(1) Pudiéramos aumentar estas Concordancias con leyes de nuestros Códigos de la edad media; pero la correspondencia sería más aparente que real. Sábese cuánto dominaba entónces el principio de las penas «civiles» si así puede decirse, pues que la «composicion» llegó á ser la regla general en esta materia. Mas la verdad es que entónces no habia otros castigos: aquella responsabilidad era la única: la distincion y la duplicidad que tenemos ahora, eran completamente desconocidas.

Cód. franc.—*Art.* 10. *La imposicion de las penas establecidas por la ley se entiende siempre sin perjuicio de las restituciones, y de los daños é intereses á que puedan tener derecho las partes.*

Cód. aust.—*Art.* 35. *La pena impuesta al delincuente no empece jamás á los derechos de los que han sido perjudicados por el delito; los cuales reclamarán su reparacion ó indemnizacion del delincuente ó de sus herederos, ó bien de los medios de subsistencia que aquel tenga.*

Cod. brasil.—*Art.* 21. *El delincuente reparará el perjuicio que haya causado por el delito.*

COMENTARIO.

1. Este artículo no hace otra cosa que fijar un principio: sus aplicaciones vendrán despues. Ya encontrarémos en el lugar correspondiente (artículo 115) todo lo que constituye la responsabilidad civil, cuya capital idéa—segun lo hemos declarado—es la reparacion: aquí sólo se dice que cualquier persona en quien recae responsabilidad criminal, es tambien responsable civilmente. Este deber de la reparacion sigue siempre á los autores, á los cómplices y á los encubridores del delito; á los que le han cometido de un modo ordinario, y á los que llevan consigo circunstancias atenuantes. En una palabra, ¿cae sobre aquel individuo responsabilidad criminal? Pues no puede eximirse de la civil, si el delito da lugar á ella.

2. Escribimos de propósito esta última condicion, porque hay hechos punibles, categorías de actos criminales, en los que no es posible, ni cabe concebirse ese género de responsabilidad. Allí donde no se ha causado ni podido causar mal á individuo alguno, allí no tiene aplicacion semejante idéa, porque no hay daño que quepa repararse. Supongamos una conspiracion política, por ejemplo, sin mezcla ninguna de criminalidad ni de intereses privados: en ella no es posible la responsabilidad civil, como que nó hay parte alguna civil en aquella cuestion. El debate versará sólo entre el Estado y el delincuente.

3. Las primeras idéas de esta teoría en que nos ocupamos, son ciertamente muy antiguas, y proceden de los primeros tiempos de la legislacion criminal; pero su esclarecimiento y ordenacion son bien recientes, como sucede con tantas otras materias de esta rama del derecho. Entre los romanos, la reparacion civil se limitaba á muy pocos delitos.

Posteriormente se confundieron ella y la criminal en una forma inextricable. Sólo los progresos de la buena filosofía han llevado la luz á aquellos confusos instintos, y convertido en verdaderas nociones los ciegos, pero naturales impulsos de la razon.

4. Nuestra regla es: todo delito constituye un mal social, y la mayor parte de las veces un daño á alguna persona. El primero hace necesario el castigo; el segundo la reparacion. Aquel produce en el delincuente la responsabilidad criminal; éste, siempre que existe y puede graduarse, produce la responsabilidad civil.—La aplicacion de la regla vendrá—ya lo hemos dicho—en los lugares oportunos.

Artículo 16.

«La exencion de responsabilidad criminal declarada en los *números* 1.°, 2.°, 3.°, 7.° y 10 del art. 8.°, no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujecion á las reglas siguientes:

»1.ª En el caso del *número* 1.° son responsables civilmente por los hechos que ejecuten los locos ó dementes, las personas que los tengan bajo su guarda legal, á no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.

»No habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco ó demente, salvo el beneficio de competencia en la forma que establece el Código civil.

»2.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 9, tít, 4, P. VII..... Eso mismo decimos* (que no pueden ser acusados de ningun yerro) *que serie del loco et del furioso, et del desmemoriado..... Pero non son sin culpa los parientes dellos, quando non los facen guardar de guisa que non puedan faver mal á otri.*

Cód. brasil.—*Art. 11. Aunque las personas expresadas en el artículo anterior* (los menores de catorce años, los locos, los que obran por fuerza

ó miedo, y los que causen el mal por accidente) *no incurren en responsabilidad criminal, deben, sin embargo, reparar con sus bienes el perjuicio causado.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 27. Véase la Concordancia al número siguiente, párrafo 4.°

COMENTARIO.

I.

1. El artículo anterior ha dicho: toda persona criminalmente responsable, está sujeta tambien á responsabilidad civil, si el hecho cometido puede dar lugar á ella;—y completando el pensamiento, y perfeccionando la teoría, éste añade: pero puede haber responsabilidad civil, en hechos por lo comun y de ordinario punibles, sin embargo de que la ley haya eximido á sus autores de responsabilidad criminal.

2. En otros términos: cuando há lugar á castigo, procede naturalmente la reparacion; mas hay casos en que no há lugar al primero, y sin embargo, queda aún viva y debida la segunda.

3. Algunos han pensado que por más cierta y más útil que esta doctrina fuese, se hallaba fuera de su lugar en el Código quo examinamos. La ley penal, segun ellos, no debia comprender estas responsabilidades, que ella misma proclama como no precedentes de delito, aunque lo sean de hechos que tienen su apariencia. Solo el Código civil debe ocuparse de tales obligaciones.

4. No llevamos tan allá, por nuestra parte, las idéas de rigorismo, sobre todo cuando no existe, y tardará todavía algun tiempo, el Código civil que se invoca. No vemos ningun mal en que se complete y perfeccione aquí esta materia. No nos parece absurdo que se trate, en este cuadro de responsabilidades, de aquellas que, si no són hijas de un hecho *concretamente* criminal, han procedido de uno de esos actos, que por lo comun, y salvas aquellas particulares circunstancias, son, y no deben ménos de ser delitos. Todo lo que hay que hacer en estos casos, es repetir bien que no hay en efecto delito, que no hay crímen en ellos, que esas responsabilidades proceden de otras causas, y áun señalar éstas en cada una. La translimitacion nos parece bien pequeña y bien inocente: el mal que de ella se derive, no pueden distinguirlo nuestros ojos.

5. Decimos, pues, ó dice el artículo, que en varias de las circunstancias señaladas por el 8.°, como exentivas de responsabilidad criminal, queda todavía subsistente la civil, segun las reglas que va á expresar á

continuacion. Y esas circunstancias, esos actos, esos supuestos, son los señalados con los *números* 1, 2, 3, 7 y 10 del mencionado artículo.

6. De manera—y ésta es la primer consecuencia que debe inferirse—que en los demás casos que juntamente con aquellos se expresaron, en los de los *números* 4, 5, 6, 8, 9, 11, 12 y 13, en esos ni responsabilidad civil, ni responsabilidad criminal hay. Quien sufrió tristemente el mal que por ellos se causara, de nadie puede reclamar reparacion, como de nadie puede pedir castigo. Sucédele lo mismo que si se hubiese hundido la tierra que pisaba, que si hubiese caido sobre él un peñasco del monte que amagaba á su cabeza. Las desgracias no son objeto de esta legislacion.

7. Recordemos empero brevísimamente la materia de estos últimos *números*, y juzgaremos si la ley ha tenido razon en su fallo inexorable.

8. El *número* 4.° hablaba de los que obran en defensa de sus personas ó derechos: el *número* 5.°, de los que obran en igual defensa por sus parientes: el 6.°, de los que obran en defensa de un extraño: el 8.°, de quien causa un mal por mero accidente: el 9.°, de quien obra violentado por una fuerza irresistible,—instrumento material de voluntad agena:—el 11, de quien cumple su deber, ó ejerce su derecho ó su oficio: el 12, de quien obra por debida obediencia: el 13, en fin, de quien incurre en alguna omision, imposibilitado por causa legítima ó insuperable.

9. Si descartamos el caso del *número* 8, el del daño ó perjuicio accidental, no encontrarémos en todos los restantes sino la aplicacion de uno de estos dos principios: es irresponsable quien obra por fuerza: es irresponsable quien obra con derecho. Y esta irresponsabilidad, en una y otra circunstancia, debe ser completa y omnímoda, lo mismo en lo civil que en lo criminal. Cuando uno se condujo en virtud de derecho ó de deber, es absurdo hablarle de que haga reparaciones: su conducta fué legal. Cuando uno obró violentado materialmente por otro, no es ménos absurdo hablarle de las reparaciones mismas: ese otro es quien debe hacerlas. Si ese otro no puede, entónces nadie.

10. Hemos dejado hasta aquí el exámen del *número* 8.°, y queremos dejarle todavía. Este procede de otra causa. En él no hay derecho ni fuerza ó violencia material. Conviene, para juzgarle mejor, haber ántes examinado los de la categoría contraria, aquellos en que la ley niega la responsabilidad criminal, pero reconoce y sanciona la civil. Estos son, como ya hemos dicho, los 1, 2, 3, 7 y 10 del referido art. 8.°

II.

11. De los daños causados por los locos ó los dementes, no encontrándose en intervalos de razon, dice este *número* que han de tener la responsabilidad civil: 1.°, las personas que lo tuvieren bajo su guarda legal; 2.°, á falta de aquellos, cuando aquellos no existan, los bienes del

mismo demente ó loco, salvo el beneficio de competencia que establecen las leyes civiles.

12. Los fundamentos de la primer disposicion son claros. Esa primer responsabilidad que se impone, procede de la falta de diligencia que se presume en el curador ó guardador del furioso, cuando éste puede ejecutar acciones nocivas. No nace de delito, pero nace de descuido. El curador debe impedir que el furioso dañe. Si daña por su culpa, él responde para reintegrar.

13. Pero ¿qué dirémos si el curador fuese absolutamente inculpable? ¿Qué dirémos, si él hubiese puesto todo el esmero, toda la diligencia posible, y sólo bien á pesar suyo, sin falta de ninguna clase, sólo por una desgracia ó por un hecho ageno, se hubiese escapado de su poder, ó causado el daño aquel demente confiado á su guarda ó custodia?

14. Para nosotros no hay en esto dificultad ninguna. La ley no puede querer absurdos; y absurdo sería ciertamente imponer responsabilidad á un curador que hubiese cumplido sus obligaciones. El que hubiese puesto en el desempeño de su encargo la oportuna y debida diligencia, ese no puede tener responsabilidad. Así lo decia desde luego la razon; y así lo ha declarado expresamente el texto del *número*, perfeccionado en la reforma de 1850. Sucederia entónces lo que con el loco que no tuviese guardador, ó que no le tuviese rico: sus propios bienes repararian el mal que él hubiese causado.

15. Esta es la segunda solucion, el segundo precepto legal: precepto á que hay que acudir en esos casos, y cuyas razones tambien se comprenden, sin necesidad de acudir á la idéa de delito.

16. En efecto; no hay aquí pena, no hay aquí castigo, no hay explicacion, como no los hay cuando se satisface una deuda que se contrajo. Razonable y justo es que respondamos de las consecuencias de nuestros hechos, y de esto no puede eximirnos el triste estado de nuestra inteligencia. Así como el demente ha de pagar lo que come, así tambien ha de reparar lo que daña. Sus semejantes no han de sufrir, porque él sea loco, más de lo necesario, los desastrosos efectos de sus obras. Sus convecinos no han de llorar en la miseria lo que él en su delirio ejecutó. No se le puede igualar con el que obraba con derecho, porque él no ha tenido esta circunstancia: es una infelicidad, pero no es un derecho el carecer de juicio.

17. Todo lo que la ley ha podido y debido hacer en su favor para semejante caso, es concederle el beneficio de competencia, y recordarlo aquí, para que nunca la responsabilidad traspase sus límites. Resérvese siempre al demente lo necesario para sus decorosos alimentos, segun su clase, sus hábitos, su educacion; pero lo demás que poseyere, satisfaga las obligaciones civiles que, dañando á otro, hubiere contraido. La justicia social ha de ampararle en su triste estado; mas esa proteccion no se ha de convertir en perjuicio de los que le rodean.

18. Convenimos, pues, en la doctrina del *número*, tal como acaba de

explicarse. Primero, la responsabilidad del guardador, cuando no ha habido diligencia en la guarda: segundo, la responsabilidad directa, con beneficio de competencia cuando tal diligencia ha existido, ó cuando no puede haber, ó no es suficiente, la primitiva responsabilidad.

Artículo 9.° (Continuacion.)

«2.ª En los casos de los *números* 2.° y 3.° responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley.

»Si no tuvieren bienes, responderán sus padres ó guardadores, en la forma expresada en la regla 1.ª

»3.ª . . . .

CONCORDANCIA.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 27. *Además de los autores, cómplices, auxiliadores y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas á responder de las acciones de otros, serán responsables cuando estos delincan ó cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecunarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningun caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que están obligados á responder de las acciones de otros, son los siguientes:* 1.° *El padre, abuelo ó bisabuelo, respecto de los hijos, nietos ó biznietos, menores de veinte años de edad, que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria, en defecto de bienes propios del delincuente, y que nunca se ha de extender á mayor cantidad que la que importe la porcion legítima de bienes que el hijo, nieto ó biznieto heredaria de su padre, abuelo ó bisabuelo.* 2.° *La madre, abuela ó bisabuela viuda, respecto de los hijos, nietos ó biznietos, menores de diez y siete años, que tengan tambien en su compañía y bajo su inmediata autoridad, con las mismas circunstancias expresadas en el párrafo precedente.* 3.° *Los tutores y curadores.....* 4.° *Los obligados á guardar la persona del que esté en estado de demencia ó delirio, respecto del daño que éste cause, por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia.....*

COMENTARIO.

1. No pueden ser de mejor condicion los menores de quince años, para el punto de la responsabilidad civil, que lo son los locos y dementes. Si éstos se sujetan á ella, los primeros no pueden de ningun modo eximirse. Está bien que no sean penados, cuando sin discernimiento obran, pero no puede estar bien que causen daños, y no los reparen ó indemnicen. La accion civil se da, pues, contra ellos, y contra sus bienes. Aquel á quien perjudicaron, los puede ciertamente demandar.

2. Pero las reglas de esta indemnizacion no son de todo punto iguales con las del precedente caso.

3. Allí, antes de dirigirse contra los bienes del loco, era menester, por regla general, hacerlo contra los de su guardador; aquí los del menor ó los del niño son los primeros en que cae la responsabilidad.—La razon es clara. No ha de ser una misma la custodia de que se rodee á un jóven, que la que debe seguir á un demente. Si puede hacer daño el primero, el segundo es más fácil que lo haga, sobre todo, cuando la demencia es furiosa. A aquel no se le puede encerrar; á éste no hay necesidad alguna de dejarlo suelto. Respecto al uno no se puede pedir á su padre ó tutor más que la culpa leve; en lo tocante al otro, por la naturaleza misma de las cosas, puede llegarse hasta la levísima.

4. Como consecuencia de esto, parécenos tambien á nosotros que la fórmula para expresar la responsabilidad de padres ó tutores que establece este *número*, deberia ser diversa de la empleada en el *número* anterior. Si el encargado de un demente deberia *probar* para eximirse que no existió por su parte negligencia ni culpa, el encargado de un menor de quince años no habria de tener, á nuestro juicio, una obligacion tan indispensable. Creemos que la prueba no deberia competirle, que *su* prueba no deberia ser necesaria. Sólo le impondríamos responsabilidad cuando *constase* su descuido. Así lo decia primitivamente el artículo, y no entendemos que se haya acertado reformándolo.—La Junta del Colegio de Abogados opina tambien como nosotros.

5. Para concluir. Nuestro Código de 1822 disponia en este particular que la responsabilidad subsidiaria de los padres no fuera extensible á mayor suma que el importe de la legítima del hijo, por cuyos hechos se verificaba aquella. El presente no contiene tal limitacion, y hace, de seguro, bien en no fijarla. Si el padre ó el abuelo responde en este caso, eso procederá de algo que sea suyo, de su culpa ó de su negligencia, que supone la ley. Ahora bien: los efectos de este descuido ú omision han de recaer sobre lo que recaen todas las obligaciones, sobre la totalidad de lo que posee el obligado.

Artículo 16. (Continuacion.)

«En el caso del *número* 7.° son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, á proporcion del beneficio que hubieren reportado.

»Los tribunales señalarán, segun su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder.

»Cuando no sean equitativamente asignables, ni áun por aproximacion, las personas responsables ó sus cuotas respectivas, ó cuando la responsabilidad se extienda al Estado ó á la mayor parte de una poblacion, y en todo caso, siempre que el daño se hubiere causado con intervencion de la autoridad, se hará la indemnizacion en la forma que establezcan las leyes ó reglamentos especiales.

»4.ª . . . .

COMENTARIO.

1. Es ciertamente muy justo que exima la ley de toda pena al que ha causado daño en algunas propiedades con el fin y con la consecuencia evidente de evitar daños mayores: quien tala árboles para aislar un incendio, quien arroja al mar una parte del cargamento del buque, para salvar la restante y las vidas de los pasajeros, ejecutan buenas acciones, en lugar de cometer delitos.

2. Pero no sería justo, ni habria ninguna razon, para que aquellas víctimas de un apuro tremendo no fuesen á su vez indemnizadas. Quien padece en sus propiedades para evitar la ruina de otras, ó para salvar algunas personas que estaban comprometidas, debe ser reintegrado por las personas ó por las propiedades á quienes salvó. Ya desde muy antiguo se ha dicho bien exactamente «*nemo cum alterius damno debet fieri locupletior.*»

3. A nuestro juicio, este punto que aquí se resuelve tiene ménos relacion que los anteriores con la natural materia de este Código: esto es más puramente civil que lo preceptuado en los anteriores *números*. Tanto es de esta suerte, que la responsabilidad de que aquí se trata, no va á buscar de ningun modo el autor del hecho de donde trae su orí-

gen, ni á ningun otro que tenga con él punto de contacto de ninguna especie. Es, absolutamente hablando, una cuestion de propiedades, que se ha de resolver la mayor parte de las veces por leyes y reglamentos de un género particular.

4. Por lo demás, las reglas ó sumos principios que aquí se fijan son tan aceptables como claros. ¿Fué en provecho de uno solo la destruccion ó el daño que se causara?—ese solo debe abonarlo. ¿Fué en provecho de distintas personas, conocidas, asignables?—todas ellas deben concurrir á la indemnizacion, proporcionalmente. Los tribunales, segun los casos, fijarán las respectivas cuotas, segun su prudencia ó su juicio, —¿Fué un beneficio general, que se dispensó á multitud inasignable de personas, á un cuartel de una poblacion, á una poblacion entera? ¿Obróse en ello por disposicion de las autoridades? Entónces se sale del órden judicial puro y verdadero: la esfera es ya otra y nos hallamos en plena materia administrativa.—Para semejante caso, los códigos generales, y éste en particular, nada más pueden hacer que establecer principios y señalar referencias. Leyes y reglamentos especiales son los que han de aplicar y desenvolver sus supremas prescripciones.

Artículo 16. (Conclusion.)

«4.° En el caso del *número* 10 responderán principalmente los que hubieren causado el miedo, y subsidiariamente y en defecto de ellos, los que hubieran ejecutado el hecho.»

COMENTARIO.

1. Los que causan el miedo, orígen de una accion dañosa, son verdaderos autores del delito (art. 12, *núm.* 2.° de este Código): por consiguiente, nada de nuevo, como nada de extraño, nos dice la presente disposicion, consagrando su responsabilidad civil. Lo que hay aquí digno de considerarse es la subsidiaria, que al amedrentado se impone. Ese es el verdadero objeto del *número*, y lo que reclama un momento nuestra atencion, para fijarnos sobre su inteligencia y su justicia.

2. La primera no puede ofrecer dificultad alguna, siendo tan terminantes las palabras de la ley. Si las amenazas de unos facinerosos, si el justo deseo de salvar mi vida amagada sériamente, me han hecho incendiar, como aquellos me mandaban, la hacienda que me habian señalado; ellos, no hay duda alguna, serán los primeros contra quienes proceda la demanda de indemnizacion. Pero si ellos no pueden ser

habidos, si no tienen medios para reintegrar, si son insuficientes los que tengan, la demanda procederá contra mí, y seré declarado civilmente responsable.

3. Segun se vé, pues, por esta disposicion, el miedo no se compara exactamente con la fuerza, ó la violencia. Podemos decir que si excusa tanto, justifica ménos. Quien obra materialmente violentado, ni en el órden criminal ni en el órden civil ha de responder nunca; quien obra violentado moralmente—(eso es el miedo)—se exime, á la verdad, de pena, pero queda sujeto á una responsabilidad secundaria.

4. Por nuestra parte, aprobamos esta distincion. Creemos tambien, como la ley, que no es lo mismo ser forzado, materialmente forzado, que constreñido por medio del temor. De lo primero nadie puede eximirse: la violencia acaba con la personalidad: el hombre libre se convierte en instrumento. Al contrario, en el caso del miedo la voluntad subsiste; y en un rigor absoluto de posibilidades, el que obró de aquella suerte pudo sin duda obrar de otra. *Voluntas, etiam coacta, voluntas est.* No ha de pedirse á los hombres que sean héroes; pero todo hombre, si quiere, puede serlo.—En buen hora, pues, que exima de pena al que de ese modo fué violentado; pero tambien en buen hora quede sobre él la responsabilidad civil secundaria.

5. Una cosa habriamos hecho nosotros: dejarle ó consignarle el *beneficio de competencia*, como lo ha hecho el artículo respecto al loco en un caso semejante. Parécenos que los tribunales lo podrian y lo deberian hacer.

---

6. Ahora que hemos terminado el exámen de los *números* de este artículo, debemos volver sobre nuestros pasos, para ocuparnos en una cuestion que desde más arriba tenemos aplazada.

7. Hemos visto (pág. 280, número 10) que en el caso de la exencion 8.ª del art. 8, es decir, cuando el mal ó el daño han sido causados por accidente, no sólo no se exige responsabilidad alguna criminal, sino que tampoco hay concedida la civil, á fin de que se reintegre de sus perjuicios el dañado ó perjudicado.

8. Despues de haber visto con detencion lo que el artículo dispone en otros supuestos, en los cuales tampoco hay delito, y en particular en los casos de los dementes, de los menores y de los que obraron por miedo, confesamos que no podemos probar aquella exencion absoluta; que si éstos han de estar sujetos á responsabilidad civil, los que por accidente dañaron, no pueden ménos, en justicia, de estar tambien sujetos á ella.

9. No se nos arguya con que cuando hay acaso, no hay delito; porque delito no hay nunca en la hipótesis del art. 8.°: si hubiese moralmente delito, aquel artículo sería injusto. Pero cuando á un menor de nueve años, cuando á un delirante, los hacemos responsables de sus

obras para la indemnizacion del daño causado, ¿cómo no han de tener la misma responsabilidad los que dañaron ó perjudicaron por accidente? ¿Dejaron de hacer estos el mal por una accion propia? ¿Dejará de aplicárseles la regla de derecho que al loco y al menor aplicábamos más arriba? Y si es así, ¿cómo no han de tener la responsabilidad que el loco y el menor tienen?

10. Ya lo dijimos ántes. Para que de un daño que hemos causado, no se nos siga ni responsabilidad criminal ni responsabilidad civil, es necesario que no sólo nos hayamos conducido con inocencia, sino tambien con derecho. Cuando esto no sucede, no habrá delito, no llevarémos pena; pero indemnizarémos el mal que hayamos producido con nuestras obras. Si por accidente hemos matado á un trabajador, ¿qué ley nos ha de eximir de indemnizar á sus hijos desvalidos y huérfanos?

11. Parécenos, pues, que hay este defecto en el artículo. Donde éste dice que no está comprendida la exencion de responsabilidad civil en la de responsabilidad criminal declarada en los *números* 1, 2, 3, 7, y 10 del artículo 8.°, nosotros hubiéramos añadido uno más diciendo que tampoco estaba comprendida la del *número* 8 del mismo artículo. La lógica y el buen sentido lo reclamaban igualmente en nuestro concepto.

Artículo 17.

«Son tambien responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, los posaderos, taberneros, ó personas que estén al frente de establecimientos semejantes, por los delitos que se cometieren dentro ellos, siempre que por su parte intervenga infraccion de los reglamentos de policía.

»Son además responsables subsidiariamente los posaderos de la restitucion de los efectos robados ó hurtados dentro de sus casas á los que se hospedaren en ellas, ó de su indemnizacion, siempre que estos hubiesen dado anticipadamente conocimiento al mismo posadero ó sus dependientes del depósito de aquellos efectos en la posada. Esta responsabilidad no tendrá lugar en caso de robo con violencia ó intimidacion en las personas, á no ser ejecutado por los dependientes del posadero.»

CONCORDANCIAS.

Instituta.—*Lib. VI, tít 5.°—Item exercitor navis, aut cauponae, aut stabularii de dolo, aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum*

erit, quasi, ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius, nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet.....

Digesto.—*Lib. IV, tit. 9, l. 1.—Ait praetor: nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituant, in eos judicium dabo....*

Lib. IV, tit. 9, l. 3.—..... At hoc edicto omnimodo, qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit, veldamnum factum est, nisi si quid damno fatali contingat. Inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, etsi in stabulo aut in caupona vis major contigerit.

Partidas.—*L. 7, tit. 14, P. VII.—En su casa, ó en su establía ó en su nave, recibiendo un home á otro con sus bestias ó con sus cosas, por hostelaje, ó por precio que reciba, ó haya esperanza de haber dellos, si el hostalero mesmo ú otro cualquier por su mandado, ó por su consejo furtase alguna cosa á aquellos que assi recibiese, tenudo es de pechar la cosa furtada á aquel cuya es, con la pena del furto. E si por aventura non la furtase él, mas algun su home que estuviese con él á soldada ó de otra guisa, tenudo es otrosí el hostalero de pechar doblada aquella cosa que le furtaron, magüer non fuese furtada por su mandado nin por su consejo, porque es él en culpa teniendo home mal fechor en su casa..... Mas si lo furtare otro extraño, é el hostalero non fuesse en culpa del furto, estonce non serie tenudo de la pechar.....* (1).

Cód. franc.—*Art. 73. Los posaderos y mesoneros convictos de haber alojado por más de veinticuatro horas á algun huésped, el cual haya cometido en este tiempo algun crímen ó delito, serán civilmente responsables de las restituciones, indemnizaciones y gastos que lleve consigo el mismo crímen ó delito, siempre que por su parte hayan dejado de inscribir en su registro el nombre, profesion y domicilio del culpable, sin perjuicio de la responsabilidad que se les impone en los casos previstos por los artículos 1952 y 1953 del Código civil.*

---

(1) Es muy semejante á ésta la ley 26, tít. 8, P. V., que no copiamos por demasiado larga.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 27. *Los que están obligados á responder de las acciones de otros son los siguientes..... 8.° Los mesoneros, fondistas y cualquiera otros que reciban huéspedes, aunque sea por obsequio, responderán tambien mancomunadamente con el huésped que tengan en su casa, de las resultas del delito que éste cometiere entónces, siempre que omitan el asiento verídico, ó dejen de dar á la autoridad competente el aviso puntual que respectivamente les estén ordenados por las leyes ó reglamentos, dentro del término que en ellos se prescriba.*

COMENTARIO.

1. Este artículo tiene dos partes. La primera declara qué especie de subsidiaria responsabilidad pesa sobre los dueños de establecimientos, por delitos que en éstos se hayan cometido, cuando no han llenado, como era su deber, las prescripciones y reglas de policía. La segunda declara su responsabilidad, sólo por el hecho de haber sido robados ó hurtados en sus casas aquellos efectos de cuya introduccion se les habia dado noticia.—Segun nuestro modo de ver, la primera parte corresponde en realidad á este Código: la segunda nos parece más propia del Código civil. De ese modo se han dividido estos mismos preceptos en la legislacion francesa.

2. Decimos que aquella corresponde en realidad á las leyes penales, porque allí, al cabo, se ha cometido una verdadera falta, infringiendo las disposiciones de policía que regulan los establecimientos en cuestion. Decimos que ésta nos parece más propia del Código civil, porque lo que aquí encontramos es una especie de depósito, con los efectos y obligaciones que son consiguientes.

3. En cuanto á su justicia respectiva, conformes en el espíritu que les ha dictado, tememos que la primera sea demasiado general, demasiado comprensiva, para no ser alguna vez extremadamente rigurosa. Los reglamentos de policía son una cosa muy lata, y comprenden ó deben comprender preceptos de muy distinto género, de una importancia muy desigual, para que se imponga la responsabilidad misma á quien haya infringido los unos ó los otros. Regla de policía es llevar registro y dar cuenta de las personas que se reciben; y regla es tambien de policía cerrar los sitios públicos en horas determinadas. ¿Producirá el mismo resultado, para responsabilidad del dueño, el haber cometido la primera que la segunda falta? Volvemos á decir que nos parece harto rigor, demasiada dureza.

4. Por lo que hace al párrafo segundo, su aplicacion es dificilísima en el dia. No está en nuestras costumbres el dar, á los dueños de las posadas, conocimiento de lo que introducimos en ellas. Si se lo diéra-

mos, de seguro exigirian, para tomar sobre sí la responsabilidad legal, que se les entregasen los efectos declarados, á fin de tenerlos inmediatamente en su custodia. Mas el viajero que recibe las llaves de su habitacion, y encierra en ésta sus efectos, es imposible què pueda hacer responsable *por este artículo* al jefe de la posada, de las cosas que diga faltarle. Será menester que pruebe delitos verdaderos, y entónces, por ellos, por esos delitos, será por lo que recaigan las responsabilidades criminales y civiles.

Artículo 18.

«La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior, será tambien extensiva á los amos, maestros y personas dedicadas á cualquier género de industria, por los delitos ó faltas en que incurran sus criados, discípulos, oficiales, aprendices, ó dependientes en el desempeño de su obligacion ó servicio.»

CONCORDANCIAS.

Instituta.—*Lib. IV, tít. 8.—Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commisserint, noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permititur aut litis aestimationem sufferre, aut ipsum hominem noxae dare.....*

Partidas.—*L. 14, tít. 9, P. VII.—Siervo de alguno faciendo tuerto ó deshonra á otro home, tenudo es el señor de lo meter en mano de aquel á quien fizo la deshonra, que lo castigue con feridas, de manera que lo non mate nin lo lisie: et si por aventura non gelo quisiere meter en mano, tenudo es del facer emienda de pecho por él á bien vista del judgador: et esto si non quisiere facer, debet desamparar el siervo de todo en lugar de la emienda.*

L. 4, tít. 14, P. VII.—Roberia faciendo siervos de algunt home sin mandado de su señor; con su sabiduría, non lo pudiendo vedar, non es en culpa el señor por ende. Pero si aquello que forzaron ó robaron vino á mano ó á poder del señor, ó entró en su pro, tenudo es de lo tornar todo á su dueño. Et si por aventura non vino ninguna cosa destas á su poder nin entró en su pro, decimos que estonce tenudo es el señor de facer de dos cosas la una:

ó desamparar los siervos que ficieron el mal et darlos en poder de aquellos a quien robaron, ó de retenerlos en sí si quisiere, et facer emienda por ellos a bien vista del judgador. Otrosi decimos que si los que ficieron el robo en la manera sobredicha, fuesen homes libres, que estonce cada uno dellos es tenudo de facer emienda por su cabeza del yerro que fizo; pues que lo non ficieron con placer ó con mandado del señor con quien vivian. Mas si lo ficiesen con placer ó con mandado del señor con quien visquiesen, ó sin su mandado en nombre dél, si despues lo oviese él por firme, estonce quien sean libres ó siervos, el señor es tenudo de pechar el robo con la pena tambien como si él mesmo lo oviese fecho.

Cód. brasil.—*Art.* 28. *Están sometidos á la reparacion del daño, aunque no sean delincuentes:*

1.° *El señor por el esclavo hasta el valor del mismo.*

Cód. esp. *de* 1822.—*Art.* 17. *Los que están obligados á responder de las acciones de otros son los siguientes..... 3.° Los jefes de colegio ú otras casas de enseñanza ó pupilaje; los ayos, amos y maestros, respecto de los menores de diez y siete años, que tengan igualmente en su compañía y á su inmediato cargo, en cuanto no alcancen los bienes que á éstos pertenezcan..... 5.° Los amos y los jefes de cualquier establecimiento, respecto del daño que causen sus criados, dependientes ú operarios, con motivo ó por resultas del servicio ó trabajo en que aquellos los empleen, debiendo ser esta responsabilidad mancomunadamente con los que causen el daño, y sin perjuicio de que el amo ó jefe pueda repetir despues contra ellos, si se hubiesen excedido de sus órdenes.*

COMENTARIO.

1. Hé aquí lo que nos ha quedado de la accion noxal de los romanos, en virtud de daños causados por los siervos. Extinguida entre nosotros la esclavitud, más bien por las costumbres que por las leyes, no puede haber lugar á lo que únicamente procedia en aquella. Mas el principio de donde se habia derivado tal doctrina subsiste siempre; y de él ha nacido y no ha podido ménos de nacer esa responsabilidad subsidiaria que establece el presente artículo 18.

2. Una expresion sobre todo,—la de *en el desempeño de su obligacion*

ó servicio,—es sumamente digna de observarse en éste, como que es la explicacion y la justificacion de su precepto. Por ella se limita, por ella se fija, por ella se defiende la responsabilidad de que se trata. Fuera de ese caso no la hay: en él, nuestra razon nos la señala como debida y conveniente. El maestro, el amo, el jefe de cualquier establecimiento ó industria, deben conocer la capacidad de sus discípulos, dependientes ó subordinados, y no imponerles otra obligacion, y no encargarles otro servicio que aquella ó aquel que sepan y puedan desempeñar. El público descansa en la seguridad que le prestan tales jefes: para ellos es la utilidad y la gloria de sus empresas; de ellos ha de ser igualmente la responsabilidad y los perjuicios, cuando se causan en una esfera que ellos habian ordenado, y por la persona que en nombre de ellos la desempeñaba.

3. Por lo demás, una sola cosa tenemos que advertir. Esa responsabilidad de que hablamos ahora es *subsidiaria*, como las del artículo precedente. No tendrá, pues, lugar sino cuando el directamente responsable no puede satisfacerla. Aun en este caso—y esta es la regla de semejantes responsabilidades—siempre quedará accion al segundo, subsidiario obligado, para repetir contra el primero la reintegracion de lo que abonó, si ese primero pudiera satisfacerla despues. Lo subsidiario reemplaza á lo principal, pero no lo anula ni lo extingue.

TÍTULO TERCERO.

DE LAS PENAS.

1. En un sentido comun y lato, en la más ámplia expresion de la palabra,—que no es, sin embargo, su acepcion primitiva y directa, sino una acepcion traslaticia,—llamamos y llama todo el mundo *pena* á cualquier consecuencia dolorosa, sea material, sea moral; sea interna, sea externa, del mal que hemos ejecutado. La indigestion es la pena de la gula; una caida lo es de la ligereza imprevisora; los remordimientos lo son de un crímen que sólo Dios y su autor pueden conocer.

2. Pero ya decimos que no es éste el sentido primitivo y recto. Segun éste, la pena es un mal impuesto, por quien tiene autoridad, sobre el autor de un delito, y á consecuencia del mismo delito.

3. Ordenadas las sociedades, constituidos y regularizados los go-

biernos, dictada la ley que ha de regular nuestras acciones, la pena técnicamente, científicamente, como la usa el Código, como la entiende el sentido comun en la esfera de la justicia;—la pena no es otra cosa que ese mal que la ley, y solamente la ley, señala á los criminales, ora para hacerles expiar su crímen, ora para intimidar á otros que pudieran cometerlo, satisfaciendo y garantizando de este modo á la sociedad, en sus instintos y en sus justos temores. La ley es quien ha de preverla, quien ha de señalarla. Si no fuese efecto de la ley, llamaríase arbitrariedad, procediendo de autoridades; procediendo de particulares, llamaríase venganza.

4. La idéa de la pena es la segunda elemental del Código. La primera es la del delito. Esta es el principio, y aquella es la consecuencia. Por eso, despues de haber considerado á aquel en general, vamos ahora á considerar la pena de la misma suerte. En seguida los pondrémos en relacion, el uno y la otra, y nuestra obra estará terminada.

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LAS PENAS EN GENERAL.

Artículo 19.

«No será castigado ningun delito ni las faltas de que sólo pueden conocer los tribunales, con pena que no se halle establecida préviamente por la ley, ordenanza ó mandato de autoridad á la cual estuviese concedida esta facultad.»

CONCORDANCIAS.

Véanse todas las que se refieren al art. 2.° de este Código.

Cód. aust.—*Art. 26. La pena debe ser aplicada dentro de los límites de la ley, sin que pueda imponerse otra más dura ni más suave que la que aquella prescribe, atendidas las circunstancias del delito y la posicion de su autor.*

Art. 27. A ningun delincuente podrá imponerse otra pena que la determinada por el presente Código.

Cód. napol.—*Art.* 60. *No podrá ser castigado ningun crímen con pena que no haya establecido la ley ántes de su perpetracion.*

Cód. brasil.—*Art.* 33. *No será castigado ningun delito con penas que no se hallen establecidas por la ley, ni superiores ó inferiores á las que se hayan impuesto para la represion del crímen en su grado máximo, medio ó mínimo, salvo en el caso en que se permite el arbitrio del juez.*

COMENTARIO.

1. El artículo 2.° del Código habia dicho que «no serán castigados otros actos ú omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos ó faltas.» El presente completa aquel pensamiento, declarando que «no será castigado ningun delito ni las faltas de que pueden conocer los tribunales, con pena que no se halle establecida con anterioridad á su perpetracion.»—Entre los dos, pues, consignan y perfeccionan el interesante principio de que sólo es punible una accion cuando ántes se la ha declarado tal, y con el mero castigo que se le ha señalado. Hé aquí—ya lo hemos dicho—una gran garantía de la inocencia, un gran freno á los desmanes, ó á la arbitrariedad del poder.

2. No tiene, pues, efecto retroactivo la ley penal, cuando castiga lo que ántes no estaba castigado, ó cuando agrava la pena señalada para algun hecho punible. Aquel nuevo precepto no rige las acciones que estaban consumadas cuando se le publicó. Desconocido, inexistente para los particulares, era imposible que éstos fuesen obligados á regular por él su conducta. Regirá desde que nace, desde que es: no pudo regir cuando no habia tenido principio, cuando nada era.

3. Aun ordinariamente, al dictarse nuevas leyes penales—como no sea en algun caso urgentísimo para la seguridad pública—se suele señalar un plazo más ó ménos extenso, pero siempre suficiente, para que puedan ser estudiadas y conocidas, ántes de que empiecen á tener efecto. Sólo Calígula, acatando los principios de la promulgacion y de la no retroactividad, los eludia hipócritamente, valiéndose de una escritura ilegible por su pequeñez y por el lugar en que la colocaba. Pero la conciencia pública ha hecho justicia de tal superchería; y su autor ha sido designado con las calificaciones que merece quien así progresa en el camino del mal, queriendo envolverse siempre en mentidas apariencias de bien.

4. En el comentario de este artículo no podemos ménos de advertir que se ha variado su redaccion en la reforma de 1850. En vez del texto

que hemos presentado á nuestros lectores, el primitivo contenia sólo estas palabras: «no será castigado ningun delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley con anterioridad á su perpetracion.» Á nuestro juicio aquella fórmula era más concisa, y no podia dar lugar racionalmente á ninguna duda; pero debió haber quienes creyesen lo contrario, y con el propósito de evitarlos se hizo la alteracion que resulta en el artículo oficial presente. Á mas de *ley*, que nos parecia á nosotros, aquí, el nombre genérico, comprensivo de cuanto legítimamente conminaba con penas, se puso tambien *ordenanzas y mandatos de autoridades que tuvieran facultades de penar*, con el propósito sin duda de que no se sofistease contra sus preceptos; pretendiendo que no les alcanzaba la primera expresion.

5. Pase, pues, la enmienda en este punto, que no hemos de oponernos nosotros á nada que sea más claro y más exacto. Pero ya que se ha buscado escrupulosamente la exactitud, ¿cómo es que se ha dicho *las faltas de que sólo pueden conocer los tribunales*? Por ventura aquellas de que los tribunales no conozcan ¿podrán ser castigadas con penas que no estén establecidas préviamente? Si la administracion puede imponer castigos ó siquiera correcciones, ¿podrá nunca hacerlo sin someterse al principio general de que *ubi non est lex nec praevaricatio?*—No decimos que esto se infiera necesariamente del artículo; pero decimos que puede pretenderse tal ilacion, y la posibilidad sólo es un mal en semejante materia.

6. Mas con lo que acabamos de decir, y con lo que previene este artículo, no tenemos resuelta sino la mitad de la cuestion. El hecho puede ser absolutamente contrario al que se desprende de su texto. La ley puede aminorar la pena, en lugar de agravarla, y puede tambien dejar sin castigo alguno lo que antes lo tenia. El artículo siguiente declarará lo que se haya de hacer en uno y otro caso.

Artículo 20.

«Siempre que la ley modere la pena señalada á un delito ó falta, y se publicare aquella ántes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos del mismo delito ó falta, disfrutarán estos del beneficio de la ley.»

CONCORDANCIA.

Cód. napol.—*Art.* 60. *En el caso de ser distintas la pena establecida por la ley al tiempo del fallo, y la que regia cuando se cometió el crímen, se aplicará siempre la más benigna.*

COMENTARIO.

1. Las palabras del artículo no hablan expresamente más que de uno de los casos que acabamos de indicar; pero su espíritu es comun á los dos, y no cabe duda acerca de la extension del precepto. Si cuando se disminuye la pena ha de ser observada la nueva ley, la ley más favorable; cuando se suprime todo castigo *à fortiori*, es necesario seguir el mismo sistema. Quiere decir que ya no es delito lo que fué. Quiere decir que ha faltado el supuesto, la base de la causa. Quiere decir que esta no puede continuarse. No hay otro recurso, no hay otro arbitrio que el sobreseimiento.

2. De todos modos, el artículo que examinamos es una evidente excepcion al principio de la no-retroactividad, excepcion que la conciencia acepta, con que las buenas doctrinas se satisfacen, y que—sea dicho de paso—no es la única que modifica la generalidad de aquel pretendido axioma. Esta excepcion la humanidad la ha inspirado, y la ciencia se ha complacido en aceptarla. Cuando la ley aminora ó extingue la pena de un hecho, los que eran responsables de él deben gozar de tan insigne beneficio, siempre que no estuvieren condenados por sentencia ejecutoria.

3. Así, en estos momentos en que se establece el Código penal, y toma posesion de nuestro foro, tenemos de hecho dos leyes criminales en España, y se há menester una atencion para aplicarlas convenientemente. Podrán existir procesos, en los cuales haya sido necesario sobreseer, por ejemplo, los de sodomía; otros, que se deban decidir por el nuevo Código, por ejemplo, los de armas vedadas: otros, en fin, que deban ser juzgados por las antiguas disposiciones, por ejemplo, muchos de los de robo. Las reglas para obrar de una ú otra suerte, el artículo anterior y el presente nos las facilitan. ¿Ha aumentado el Código en penalidad? Pues no es aplicable á delitos que le son anteriores.—¿La ha borrado ó disminuido? Pues es plenamente aplicable á ellos.

4. No creemos deber dejar este artículo sin hacernos cargo de una opinion que se ha manifestado acerca de él por los apreciables autores del *Comentario al nuevo Código penal*, D. Tomas María de Vizmanos y

D. Cirilo Alvarez Martinez. No sabemos si será ilusion nuestra; pero nos parece que hay en aquella un error peligroso, y debemos por lo mismo señalarlo, sometiendo, como siempre, nuestro juicio, á la más reflexiva é ilustrada consideracion de tan dignos compañeros.

5. Segun aquellos jurisconsultos, para que la ley nueva, que aminora la pena de un delito, tenga aplicacion á los cometidos con anterioridad, es necesario que la antigua, más grave, no haya sido impuesta á ninguno de los co-reos del delito mismo. Pero si alguno fué sentenciado ya por ella, el beneficio que la moderna les concede no puede ser aplicado á los restantes.—«Supongamos, continúan, dos coautores de un homicidio castigados por las leyes anteriores con pena de muerte, y por el presente Código con la de reclusion temporal: si al tiempo de promulgarse éste no se hubiese dictado el fallo de los tribunales que cause ejecutoria, ambos delincuentes disfrutarán del beneficio de la moderacion de pena; pero si respecto del uno hubiese recaido sentencia ejecutoriada, y no respecto del otro, por hallarse ó haber estado prófugo, no disfrutaria éste de la ventaja que (no?) alcanzó al otro, ni fuera justo que tal premio obtuviese el que habia burlado la persecucion de la justicia. Si el uno habia sufrido la pena de muerte, justo seria para el otro, aunque pareciera repugnante.»

6. A nosotros, por el contrario, no sólo nos pareceria repugnante, sino injusto lo que en tal doctrina se establece. A nosotros se nos figura: 1.°, que la ley no dice tal cosa en sus terminantes palabras; 2.°, que si lo dijese, preceptuaria un absurdo, un imposible de toda imposibilidad.

7. En el texto de la ley hay de seguro algun defecto, que es el orínen de la confusion. La palabra *reos* deberia estar precedida de un artículo propio ó impropio que la determinase. Deberia leerse *contra los reos*, ó bien *contra algunos reos del mismo delito ó falta*. Tal como está la locucion, es inusitada segun la índole de nuestro idioma, y á primera vista puede parecer ambigua.

8. Sin embargo, si la intencion del artículo hubiese sido la que pretenden los Sres. Alvarez y Vizmanos, creemos que habria tomado otro giro para declarar su pensamiento. En nuestra opinion, el texto legal no habria podido ménos de redactarse de este modo. «Siempre que la ley modere la pena señalada á un delito ó falta, y se publicare aquella antes de *haberse pronunciado* el fallo que cause ejecutoria contra *algunos de los reos* del mismo delito ó falta, disfrutarán *todos* del beneficio de la ley» —Esto hubiera sido lo natural, lo claro, lo oportuno, en las idéas que vamos combatiendo.

9. Pero eso, por otra parte, hubiera conducido á singulares consecuencias. Un reo de armas prohibidas deberia ser destinado hoy á presidio, sólo porque su compañero lo fué. Un reo de sodomía—hecho que no es punible—deberia ser condenado á muerte, sólo porque bárbaramente se condenó al otro. Esto no es posible ya. La desgracia de una

persona no es, ni puede ser, razon legal para que otro sea condenado á muerte. Porque uno fué desgraciado, no se ha de hacer víctima á quien tuvo mejor suerte ó mayor fortuna.

10. Y no se diga que deberá en tal caso su deliberacion á haberse burlado de la justicia. La fuga es un acto natural, y nuestra nueva ley no la señala como delito.

11. En resúmen: todo género de consideraciones nos hacen creer que no nos hemos equivocado atribuyendo á la ley la inteligencia que acabamos de darle: si de otro modo fuese, lo sentiríamos por la misma, más bien que por nosotros propios.

Artículo 21.

«El perdon de la parte ofendida no extingue la accion penal: extinguirá sólo la responsabilidad civil en cuanto al interés del condonante, si éste lo renunciare expresamente.

»Lo dispuesto en este artículo no se entiende respecto á los delitos que no pueden ser perseguidos sin prévia denuncia ó consentimiento del agraviado.»

CONCORDANCIAS.

Cod. repetid. prael.—*Lib. I, tít. 6, l. 18.—Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est; in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusatione.*

Partidas.—*L. 22, tít. 1, P. VII.—Acaesce algunas vegadas que algunos homes son acusados de tales yerros que si les fuesen probados que recebirian pena por ello en los cuerpos, de muerte ó de perdimiento de miembros: é por ende, por miedo que han de la pena, trabajan de facer avenencias con sus adversarios, pechándoles algo por que non anden mas adelante en el pleito. E porque guisada cosa es é derecha que todo home pueda redimir su sangre, tenemos por bien que si la avenencia fuere fecha ante que la sentencia sea dada sobre tal yerro como este, que vala para non recibir por ende pena en el cuerpo el acusado, fueras ende si el yerro fues-*

se de adulterio. Ca en tal caso como este non puede seer fecha avenencia por dineros, mas bien se puede quitar de la acusacion el marido si quisiere, non recibiendo precio ninguno por ello. Pero si la acusacion fuesse fecha sobre yerro alguno que fuesse de tal natura en que non mereciese muerte, nin perdimento de miembro, mas pena de pecho ó de desterramiento, si se aviniere el acusado con el acusador pechándole algo, segun que sobredicho es, por tal avenencia como esta decimos que se da por facedor del yerro por razon de la avenencia, é que lo puede condenar el judgador á la pena que mandan las leyes sobre tal yerro como aquel de que él era acusado, fueras ende si la acusacion fuesse fecha sobre yerro de falsedad. Ca estonce non se daria por fechor del yerro por razon de la avenencia: nin lo podrian condenar á la pena, si non le fuesse probado. Pero si este que fizo la avenencia pechando á su contendor lo fizo que era sin culpa, é por tollerse de enxeco de seguir el pleito, tovo por bien de pecharle algo, si esto pudiese probar, non debe recibir ninguna pena, nin lo deben condenar por fechor del yerro; ante decimos que debe pechar el acusador aquello que recibió dél á cuatro doblo, si gelo demanda fasta un año, é si despues del año gelo demandare débelo pechar otro tanto cuanto fué aquello que recibió dél, como quier que el que es acusado puede facer avenencia sin pena sobre la acusacion, assi como de suso deximos. Pero el acusador que la fizo cae en la pena que es puesta en la quinta ley ante desta. Esto es porque desamparó la acusacion sin mandamiento del judgador.

Nov. Recop.—*L. 4, tít. 40, lib. XII.—Por cuanto somos informados que algunos han querido poner duda y dificultad si en los delitos en que se procede á instancia y acusacion de parte, habiendo perdon de la dicha parte, se puede imponer pena corporal; declaramos que, aunque haya perdon de parte, siendo el delito y persona de calidad que justamente pueda ser condenado en pena corporal, sea y pueda ser puesta la dicha pena de servicio de galeras, por el tiempo que segun la calidad de la persona y del caso pareciese que se puede poner.*

Cód. aust.—*Art. 27. La pena impuesta no puede ser remitida por virtud de una transaccion entre la parte ofendida y el delincuente.*

Cód. brasil.—*Art. 67. El perdon de la parte ofendida, dado antes ó despues de la sentencia, no eximirá de las penas que sufran ó puedan sufrir los culpables de crímenes públicos ó privados que dan lugar á una acusacion en justicia.*

COMENTARIO.

1. Cuando la justicia criminal era poco ménos que un negocio privado, cuando no existia el procedimiento de oficio, cuando en cada una de las penas no se veia, ó apénas se veia más que una sustitucion de la venganza, era consiguiente á tales principios que el desistimiento de la acusacion, que el perdon de la parte ofendida, trajesen consigo la remision ó la no imposicion de la pena. El sistema entero podria ser absurdo; pero esta segunda parte de él era lógica, era consecuente con la otra parte que le servia de fundamento y de premisas.

2. Lo que no se concibe ni puede explicarse sino por el poder de las tradiciones y de los hábitos, es que, admitido el enjuiciamiento sin acusacion particular, reconocida la personalidad del Estado como la primera en esta clase de negocios, sustituida la idéa de la vindicta social á la de la venganza privada, arrancado todo lo criminal á la esfera de los particulares intereses para elevarlo á la categoría de público, se haya todavía seguido dando una extraordinaria importancia á aquel desistimiento, á aquel perdon, y se haya tenido presente su existencia ó no existencia para el fallo de los procesos, y hasta para los indultos pretendidos del Soberano por los que se creian dignos de tal gracia.

3. De cualquier modo que sea, nuestro Código ha entrado ya en los buenos principios. La accion criminal no compete por lo comun á los ofendidos, sino al ministerio público; la accion de reparacion, la de responsabilidad civil, es la única que les compete. De esta pueden usar ó no usar, segun sus convicciones, segun sus idéas, segun sus intereses; pueden abandonarla desde luego, pueden desistirse despues, no tienen ningun estorbo que en su ejercicio ó no-ejercicio los compela. Renunciándola expresamente, la condenacion surtirá sus naturales efectos: la responsabilidad misma, en la parte que correspondiere al condenante, quedará extinguida de todo punto.

4. Sobre los motivos que pueden producir esta condenacion, el artículo no dice, ni debe decir una palabra. Toda vez que ese acto no tiene más que consecuencias civiles, la ley criminal no tiene que ocuparse en él para lo más mínimo: estará sujeto á las reglas comunes de aquella otra legislacion. Proceda de sentimientos generosos, ó de sentimientos interesados; sea un verdadero perdon, ó sea una transaccion disimulada ó manifiesta, todo ello es igual para sus efectos en el proceso. Desde que se limitan, como se han limitado, sus consecuencias, ya deben, y no pueden ménos de ser enteramente permitidas semejantes transacciones. Ellas no influyen en la penalidad propiamente dicha; ellas no afectan más que á la reparacion. Todo el negocio, pues, es una cuestion de dinero: cuanto puede haber en ella de ménos noble y cari-

tativo, es tomar una parte, para eximirse de disputar sobre el todo.

5. El artículo concluye con una justísima excepcion. Sabido es que hay delitos en los cuales no puede procederse sino á instancia y con consentimiento del agraviado. Los motivos de esto fácilmente se conciben, y en su lugar los expondrémos y los justificarémos. Pues bien: en semejantes casos, si el ofendido nada hace, si desde luego desiste de su injuria, claro está que no puede haber ni principio de proceso; si perdona despues de haber instado, claro es tambien que ha de sobreseerse en la causa. Esta no puede subsistir sin su concurrencia; y ni en religion ni en justicia puede impedir la ley á ningun particular que perdone los males que se le han inferido.

Artículo 22.

«No se reputan penas la restriccion de la libertad de los procesados, la separacion ó suspension de los empleados públicos, acordadas por las autoridades gubernativas en uso de sus atribuciones, ó por los tribunales durante el proceso, ó para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan á sus subordinados y administrados, en uso de jurisdiccion disciplinal ó atribuciones gubernativas.»

CONCORDANCIA.

Cód. brasil.—Art. 37. *No se considera pena la prision del procesado por una infraccion, para prevenir su fuga, ni la suspension de los magistrados decretada por el poder moderador en la forma establecida por la Constitucion.*

COMENTARIO.

1. Los males de que habla este artículo son tristes necesidades, dolorosas condiciones de nuestro ser, ó de la organizacion social en que vivimos. A veces caen sobre culpables; cuando ménos, sobre los que son sospechados de culpa; pero, ó por su tenuidad, ó por no ser efecto de sentencias, dice la ley, de acuerdo en este punto con la práctica y la opinion comun, que no tienen el carácter ni corresponden á la verdadera esfera penal. No *se reputan* penas, por más que á veces sean graves padecimientos. Cuanta humanidad sea posible en las leyes, cuanto

esmero se suponga en los tribunales, si pueden disminuirlos, no alcanzarán de seguro á evitarlos.

2. Todas las legislaciones del mundo han tenido que preceptuar que se custodie en prision á los acusados de graves delitos. ¿Es por incomodarlos? ¿Es siquiera por considerarlos como reos?—No: la ley no declara culpables sino á aquellos sobre quienes ha caido una sentencia condenatoria. Pero la misma ley tiene que proveer: 1.°, á que no eludan su accion personas sobre quienes pesa una sospecha atendible; y 2.°, que no preparen falsos y convenidos medios justificantes, esos mismos que aparecen iniciados de graves infracciones. De aquí la necesidad de la prision; de aquí tambien la necesidad de la incomunicacion, al ménos por cierto tiempo. Podrán disminuirse, podrán aliviarse esas fatales exigencias de la condicion humana; suprimirlas del todo—ya lo hemos dicho—no será jamás posible.

3. Lo que puede hacer la ley es lo que consigna en este artículo. Declarar que en ese triste hecho no hay intencion penal; descargarlo de toda la parte moral que acompaña á sus castigos; procurar á la vez que se reduzca á lo extrictamente necesario, á aquello que sólo la necesidad produce y abona. Por lo demás, á las verdaderas necesidades, la ley como el hombre tienen que doblar la cabeza.

4. El artículo habla en seguida de la separacion y suspension de los empleados públicos. Cuando esta es acordada por los tribunales como una consecuencia de la formacion de causa, nos presenta de todo punto un caso análogo á los anteriores. El funcionario de cuya conducta se sospecha justamente no puede continuar en su destino en tanto que se averigua la verdad. Padecerá con la separacion, padecerá su familia más quizá que con verdaderas penas legales; pero ¿qué hacer en semejante caso? Toda vez que se hayan tomado prudentes precauciones para atajar la obra de la calumnia, ¿quién puede pedir más ni á la ley ni á los tribunales?

5. Nada decimos de las separaciones gubernativas en los destinos amovibles. Esta no es cuestion de derecho, de justicia; eslo de administracion.

6. Vengamos á las correcciones disciplinares. Aquí hay en rigor culpa, y tambien en rigor penalidad verdadera. El superior que corrige á su subalterno, en la realidad de las cosas ejerce un acto jurisdiccional, é impone un castigo, producto de una falta. Pero es esta materia tan múltiple y tan ténue, que el Código no ha querido elevarla á la esfera penal. Es ménos aquello que el grado mínimo que en ésta se supone. No hay la unidad siquiera, sino una leve fraccion. La prudencia, más que la lógica, es quien le ha guiado en esta parte, y el buen sentido nos dice que ha tenido razon en dejarse guiar por ese principio (1).

---

(1) Sobre esta jurisdiccion disciplinal, véase el reglamento provisional para la administracion de justicia, art. 20; las ordenanzas de las audiencias, arts. 23, 73,

Artículo 23.

«La ley no reconoce pena alguna infamante.»

Digesto.—*Lib. III, tít. 2, l. 1..... Infamia notahtur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore, eove cui de ea re statuendo potestas fuerit, dimisus fuerit. Qui artis lubricae, pronuntiandive causa, in scoenam prodierit. Qui lenocinium fecerit. Qui in judicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse judicatus erit. Qui furti, vi bonorum raptorun, injuriarum, de dolo malo et fraude sou nomine damnatus erit. Qui pro socio, tutelae, mandati, depositi, suo nomine non contrario judicio damnatus erit. Qui eam, quae, in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus quo elugere virum moris est, antecuam virun elugeret, in matrimonium collocaverit, eamve sciens quis oxurem duxerit non jussu ejus in cujus potestate ets: et qui eum quem in potestate haberet, eaum de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit.....*

Cód. repetit. prael.—*L. II, tít. 12, l. 9.—Si forti condamnatu est, citra verbera quoque fustium, fama damnum subsistit.....*

Partidas.—*L. 5, tít. 6, P. VII.—Sentencia cayendo dada contra otro por alguno de los judgadores ordinarios, condenándole por razon de traicion, ó de falsedad, ó de adulterio, ó de algun otro yerro que hoviesse fecho, tal sentencia como esta enfama al condenado. Esso mismo serie si alguno que fuesse acusado de furto, ó de robo, ó de engaño, ó de tuerto, que hoviesse fecho á otro, pleitasse ó echassen dando algo sin mandado del judgador, por razon que lo non acusassen, ó non llevassen adelante la acusacion que hoviessen fecho dél. Ca semeja que otorga aquello de que lo habian acusado,*

226, 227 y 228: los Estatutos de los colegios de Abogados, art. 15; el decreto de 5 de Junio de 1844, arts. 11, 12 y 13: la ley de 4 de Junio de 1837, art. 5: el decreto de 4 de Noviembre de 1838, regla 1.ª: el reglamento de juzgados de 1.ª instancia, arts. 92, 109 y 110: las leyes de ayuntamientos y gobiernos políticos, y los aranceles judiciales de 1846, art. 622.

pues que assí pleitea (transige) *sobre ello. Otrosí decimos: que aquel que es condenado que peche algo á su compañero ó al huérfano que hoviesse tenido en guarda, ó aquel que lo ficiera su personero, ó aquel de quien hoviesse recibido alguna cosa en guarda, por razon de engaño que hoviesse fecho á cualquier de ellos, es enfamado por ende. Pero si tal sentencia fuesse dada por alguno de los jueces de avenencia, estonce non seria enfamado aquel contra quien la diessen: é aun decimos que aquel que es fallado faciendo el furto, ó alguno de los otros yerros que de suso diximos, ó que lo otorgue el mismo en juicio, ó si por razon de algun yerro que hoviesse fecho le fuesse dada pena de feridas, ú otra pena pública, es enfamado por ende.*

Cód. franc.—*Arts.* 7 *y* 8, refundidos en 1832. *Las penas aflictivas é infamantes son:* 1.°, *la muerte;* 2.°, *los trabajos forzados perpétuos;* 3.°, *la deportacion;* 4.°, *los trabajos forzados temporales;* 5.°, *la detencion;* 6.°, *la reclusion. Las penas infamantes son:* 1.° *el extrañamiento* (bannissement); 2.°, *la degradacion cívica.*

Cód. napol.—*Art.* 1.° *No hay pena alguna infamante.*

La infamia que resulta de un crímen infamante por su naturaleza ó por su gravedad, no se extiende más allá de la persona del culpable.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 29. *Para todos los efectos civiles se considera como pena corporal la de infamia.*

Art. 30. *Ninguna otra pena lleva consigo la infamia sino únicamente los trabajos perpétuos y la de muerte por traicion En las demás no hay infamia sino cuando la ley la declara expresamente al delito.*

COMENTARIO.

1. El problema de las penas infamantes es un problema grave y debatido en las dos esferas, de la ciencia y de la práctica.—Séanos permitido copiar aquí lo que respectivamente á ellas dijimos hace algunos años en nuestras lecciones de Derecho penal. No es largo, y no hemos variado en nuestro juicio.

2. «Sobre este punto—el de las penas infamantes, decíamos:—lo primero que debemos examinar, es si hay efectivamente tales penas. No

porque dudemos nosotros que los legisladores las hayan decretado y querido establecer—(los códigos de casi todos los pueblos las comprenden),—sino porque dudan muchos, niegan muchos, que hayan conseguido el fin que se proponian, y hecho padecer la honra por medios puramente penales. Esa es una cuestion de opinion, se dice, puramente de opinion, en la que ningun efecto puede tener la voluntad legal. Por una parte,

Lo que infama es el crímen, no la pena;

como están declarando y predicando mucho tiempo há, los poetas y los filósofos: por otra, cuando la ley quiere entrometerse á dispensar su apreciacion en estos asuntos, tal vez suele verse burlada por el sentimiento comun, que protesta altamente contra sus decisiones. Comun ha sido, por ejemplo, en Inglaterra condenar á la vergüenza como libelistas á escritores de la oposicion; y léjos de que el pueblo los tenga por deshonrados, semejante condena ha sido para ellos un verdadero triunfo. ¿No prueba todo esto, se concluye, que la esfera de la honra y de la infamia está esencialmente separada de la esfera legal, de tal modo que no puede influirse en aquella por medio de esta segunda?

3. »Por lo que á mí toca, sin embargo, no me parece concluyente el argumento; y creo poder juzgar aún que las leyes, prescindiendo del crímen, tienen accion y poder sobre la honra de los hombres. Sin duda alguna, el verdadero delito causa la infamia; pero tambien las penas que han recaido sobre una persona la suelen causar, áun ignorándose la razon porque recayeron. Cuando se nos dice de un desconocido que ha estado en presidio, sentimos desde luego, y sin necesidad de saber otra cosa, la repugnancia consiguiente á un hombre más ó ménos deshonrado. Desde aquel punto miramos ya de otra suerte sus relaciones, y cuidamos de apartarnos de él, para no contagiarnos con su comunicacion. Es verdad que semejante sentimiento puede no ser definitivo; y que si llegamos á entender que aquella persona fué víctima de una gran injusticia, reformarémos nuestra creencia, y le concederémos nuestra estimacion. Pero adviértase bien cómo sucede esto, y se conocerá el poder, no absoluto, pero sí efectivo que tiene la pena. En primer lugar, por el hecho de esta sola formamos ya nuestro juicio; y en segundo, nótese que para reformarlo, exigimos nada ménos que la completa conviccion de una injusticia. No es pues cierto, como ha dicho la filosofía, que sólo el crímen produzca la infamia: prodúcela tambien el castigo, aunque no siempre que se imponga, aunque no siempre que lo decrete el Código.

4. »Y cuenta que no hemos hablado hasta ahora sino de castigos comunes, de aquellos que no se imponen para infamar, y en los que este resultado es indirecto y ajeno á la voluntad del legislador. Pero hay otros—y no puede dudarse—que recaen directamente sobre la

honra, encaminados á menguarla, y que obtienen sin remedio este resultado. Tales son, por ejemplo, la marca y la exposicion ó argolla, que indicamos ligeramente entre los castigos personales. Así el uno como el otro corresponden más bien á la categoría de que ahora tratamos, y son en ella los tipos más notables. La argolla puede causar incomodidad, y la marca puede causar dolor; pero todo esto no es nada en comparacion de lo que afectan á la honra, y del sello que dejan impreso en el infeliz que los ha padecido. Cuando ha habido personas que se suicidaran por no ser expuestos ó marcados, evidente es que no los conducia á tal extremo el dolor físico que temieran experimentar, sino el inmenso dolor moral de su nueva é insostenible posicion.

5. »Así lo comprende, en efecto, la sociedad entera, que no olvida nunca la estancia en la argolla, que no concede nunca su indulgencia á la marca que se lleva, ya sea en la frente, ya sea en la espalda. La sociedad separa de sí á los que han corrido ese destino, y levanta entre ella y ellos un muro que nunca podrán salvar. Este es el gran defecto de semejantes penas. Todas las demás, áun aquellas que hieren indirectamente la honra, dejan siempre abierto el camino para la rehabilicion: éstas de que tratamos son las únicas que lo cierran, creando esas posiciones incompatibles, que jamás pueden volverse á hallar en armonía. El hombre que estuvo en la argolla, y que fué allí entregado á la mofa y al desprecio público,—todavía más aquel otro, á quien se grabó la señal indeleble de la infamia, son ya ramas cortadas del árbol de la sociedad, que nunca más podrán volver á reunirse á su tronco. La sociedad lo sabe, y ellos lo saben tambien: y de aquí una situacion de guerra necesaria é inacabable. Para semejantes reos están de más los proyectos de reforma y las instituciones penitenciarias: valiera más suprimirlos de una vez, y se conseguiria al ménos tranquilizar las alarmas, que no pueden ménos de causar miéntras existan.

6. »Vése por lo que acabo de decir, que no soy de ningun modo partidario de las penas infamantes. Reconozco que existen, y le concedo á la ley la posibilidad de establecerlas; pero le niego el derecho, les niego á ellas la legitimidad. Harto es ya que las otras penas de que se vale la justicia humana, produzcan efecto sobre el honor, y, aunque indirectamente, tiendan á vulnerarlo. Pero establecer de un modo directo esta clase de penalidad, herir á los hombres en su honra, atacarla y destruirla de la manera que se hace por tales castigos, repito que no es justo, que no es legítimo, que no es conveniente. Ninguna de estas calificaciones puede merecer lo que propende á levantar una separacion eterna entre la sociedad y los criminales; lo que de tal suerte lanza de aquella á los segundos, que nunca jamás pueden volver á pasar sus límites.

7. »De todo lo dicho se infiere que el legislador debe absolutamente prohibirse el uso de semejantes penas. Es un arma de malos efectos en su mano, y que por lo mismo no puede nunca legítimamente empu-

ñar. La honra y la fama son seguramente un gran bien, pero no se sigue de aquí que haya utilidad en hacerlo objeto de penas, menguándolo ó destruyéndolo. Por lo mismo que son una vida preciosísima, y que se empañan con un soplo, es menester que cuiden los soberanos de no arrancarlas á ninguno de sus súbditos. Una de dos: ó se aprecia ó no se aprecia la honra. Si esto último, las penas infamantes no son penas. Si lo primero, ¿quién es el que se atreve á tocar á ese depósito, y á destruir así un tan alto principio de todas nuestras instituciones sociales?»

8. Tales eran nuestras doctrinas en 1840: tales son tambien en 1848 y en 1856.

9. A primera vista parece que el Código ha profesado las mismas idéas. Declarando que no reconoce pena alguna infamante, da á entender que no sólo no atribuye este carácter á las que dispone, sino que no emplea ninguna que esté dotada de él. Por una parte desecha las que lo son; por otra, no hace tales—como otras legislaciones—á las que que no llevan necesariamente ese distintivo.

10. Pero ¿es esto completamente exacto? ¿no habrá habido algun error, alguna inadvertencia en la aplicacion posterior de estas máximas? —Mucho nos lo tememos. El Código consagra la pena de *argolla*; y en nuestro juicio, esta es una de las que infaman por sí. Si pues nuestro juicio es cierto, de nada servirá que el artículo presente diga: «no reconozco como infamante tal pena;» porque el mundo le responderá: «tú no puedes despojar á los hechos del carácter que la opinion pública les ha dado, en materias que son de su dominio. Lo que naturalmente deshonra, tú no puedes hacer que deje de deshonrar. El uso de esa pena es contrario á lo que estableces y proclamas.»

11. Pero dejemos el exámen de esta cuestion para más adelante. El artículo actual sólo consagra un principio inspirado por buenas idéas, y que merece completa aprobacion. Si despues se le infringe, cuando lleguemos á aquel punto será cuando debamos señalarlo y censurarlo.

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LA CLASIFICACION DE LAS PENAS.

Artículo 24.

«Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente

ESCALA GENERAL.

Penas aflictivas.

»Muerte.
»Cadena perpétua.
»Reclusion perpétua.
»Relegacion perpétua.
»Extrañamiento perpétuo.
»Cadena temporal.
»Reclusion temporal.
»Relegacion temporal.
»Extrañamiento temporal.
»Presidio mayor.
»Prision mayor.
»Confinamiento mayor.
»Inhabilitacion absoluta perpétua.
»Inhabilitacion especial perpétua para algun cargo público,—derecho político,—profesion ú oficio.
»Inhabilitacion temporal absoluta para cargos públicos,—de derechos políticos.
»Inhabilitacion especial temporal para cargo,—derecho,—profesion ú oficio.
»Presidio menor.
»Prision menor.
»Confinamiento menor.

Penas correccionales.

»Presidio correccional.
»Prision correccional.
»Destierro.
»Sujecion á la vigilancia de la autoridad.
»Reprension pública.

»Suspension de cargo público,—derecho político,—profesion ú oficio.
»Arresto mayor.

Penas leves.

»Arresto menor.
»Reprension privada.

Penas comunes á las tres clases anteriores.

»Multa.
»Caucion.

Penas accesorias.

»Argolla.
»Degradacion.
»Interdiccion civil.
»Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito.
»Resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio.
»Pago de costas procesales.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tít. 19, l. 28.—Capitalium poenarum fere isti gradus sunt. Summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio, item vivi crematio, quod quamquam summi supplicii appellatione merito contineretur: tamen, eo quod postea id genus poenae adinventum est, posterius primo, visum est, item capitis amputatio. Deinde proxima mortis poena metalli coercitio. Post deinde in insulam deportatio. Caeterae poenae, ad existimationem, non ad capitis periculum pertinent, veluti relegatio ad tempus, vel in perpetuam, vel in insulam: vel cum in opus quis publicum datur, vel cum fustium ictu subjicitur.*

Partidas.—*L. 4. tít. 31, P. VII.—Siete maneras son de penas, porque pueden los judgadores escarmentar á los facedores de los yerros. E las cua-*

tro son de las mayores, et las tres de las menores. La primera es dar á los homes pena de muerte ó de perdimiento de miembro. La segunda es condenarlo á que esté en fierros, para siempre, cavando en los metales del Rey, ó labrando en las otras sus labores, ó sirviendo á los que lo ficieran. La tercera es cuando destierran á algunos para siempre en alguna isla, ó en algun logar cierto, tomándole todos sus bienes. La cuarta es cuando mandan echar algun home en fierros, que yaga siempre preso en ellos, ó en cárcel ó en otra prision: é tal prision como esta non la deben dar á home libre, sinon á siervo. Ca la cárcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados. La quinta es cuando destierran alguno para siempre, en isla, non tomándole sus bienes. La sexta es cuando dañan la fama de alguno, juzgándolo por enfamado; ó cuando le tuellen, por yerro que ha fecho, de algun oficio; ó cuando viedan á algun abogado ó personero, por yerro que fizo, que non use dende en adelante del oficio de abogado nin de personero, ó que non parezca ente los juzgadores cuando judgaren, fasta tiempo ó para siempre. La setena es cuando condenan á alguno que sea azotado ó ferido paladinamente, por yerro que fizo, ó lo ponen en deshonra dél en la picota, ó lo desnudan faciéndolo estar al sol untándolo de miel porque lo coman las moscas, alguna hora del dia.

Cód. franc.—*Arts.* 7 *y* 8, reformados en 1832. *Las penas aflictivas é infamantes son: 1.° La muerte. 2.° Los trabajos forzados perpétuos. 3.° La deportacion. 4.° Los trabajos forzados temporales. 5.° La detencion. 6.° La reclusion. Las penas infamantes son: 1.° El extrañamiento. 2.° La degradacion cívica.*

Art. 18 de la reforma de 1832. *Las condenaciones á trabajos forzados perpétuos y la deportacion llevan consigo la muerte civil.....*

Art. 20 de la misma. *Todo el que hubiese sido condenado á la pena de trabajos perpétuos, de trabajos temporales, ó de reclusion, antes de padecer las referidas penas, será expuesto por espacio de una hora á las miradas del pueblo en la plaza pública.....*

Art. 9. *Las penas en la esfera correccional son: 1.ª La prision temporal en una casa de correccion. 2.ª La interdiccion temporal de ciertos derechos políticos, civiles ó de familia. 3.ª La multa.*

Art. 11. *La sujecion á la vigilancia especial de la alta policía, la multa, ó la confiscacion especial, ya sea del cuerpo del delito cuando pertenezca al sentenciado, ya de los efectos producidos por el delito, ya de los instrumentos que han servido ó han sido destinados para cometerle, son penas comunes á la esfera criminal y á la correccional.*

Cód. austr.—*Art.* 9. *Las penas de los delitos son la muerte, y la detencion del culpable en una prision.*

2.ª parte, *art.* 8. *Las graves infracciones de policía se castigan con las penas siguientes: 1.ª La multa. 2.ª La confiscacion de las mercaderías, efectos ó instrumentos. 3.ª La pérdida de los derechos y de la licencia. 4.ª El arresto. 5.ª El castigo corporal. 6.ª La expulsion de una localidad. 7.ª La expulsion de una provincia. 8.ª La expulsion de todos los estados austriacos.*

Cód. napol.—*Art.* 3.° *Estando suprimida la confiscacion de los bienes de los sentenciados, que era una de las penas que para ciertos crímenes se imponia por las antiguas leyes del reino, y habiendo sido abolidas en general las penas que las mismas leyes establecian, sólo pueden aplicarse las siguientes penas criminales: 1.ª La muerte. 2.ª El* ergástolo. *3.ª Los hierros. 4.ª La reclusion. 5.ª La relegacion. 6.ª El destierro del reino. 7.ª La interdiccion de derechos públicos. 8.ª La interdiccion patrimonial.*

Art. 21. *Las penas correccionales son: 1.ª La prision. 2.ª El confinamiento. 3.ª El destierro correccional. 4.ª Las interdicciones temporales.*

Art. 29. *Son penas comunes á la justicia criminal y correccional: 1.ª La multa. 2.ª La caucion* (malleveria).

Art. 36. *Las penas de la policía son: 1.ª La detencion. 2.ª El arresto en la casa del penado. 4.ª La multa.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 28. *A ningun delito, ni por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados á los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes:* Penas corporales. *1.ª La de muerte. 2.ª La de trabajos perpétuos. 3.ª La de deportacion. 4.ª La de destierro ó extrañamiento perpétuo del territorio español. 5.ª La de obras públicas. 6.ª La de presidio. 7.ª La de reclusion en una casa de trabajo. 8.ª La de ver ejecutar una sentencia de muerte. 9.ª La de prision en una fortaleza. 10.ª La de confinamiento en un pueblo ó distrito determinado. 11.ª La de destierro perpétuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado.* Penas no corporales. *1.ª La declaracion de infamia, á cuya clase pertenece tambien la de ser indigno del nombre español ó de la confianza nacional. 2.ª La inhabilitacion para ejercer empleo, profesion ó cargo público, en general, ó en clase determinada. 3.ª La privacion de empleo, honores, profesion, ó cargo público. 4.ª La suspension de los mismos. 5.ª El arresto que se imponga como castigo: el cual se declara no ser corporal para los efectos civiles, ni merecer otro concepto que el de meramente correccional. 6.ª La sujecion á la vigilancia especial de las autoridades. 7.ª La obligacion de dar fianza de buena conducta. 8.ª La retractacion.*

9.ª La satisfaccion. 10.ª El apercibimiento judicial. 11.ª La reprension judicial. 12.ª El oir públicamente la sentencia. 13.ª La correccion en alguna casa de esta clase para mujeres y menores de edad.—PENAS PECUNIARIAS. *1.ª La multa. 2.ª La pérdida de algunos efectos, para que se aplique su importe como multa; entendiéndose estas penas sin perjuicio de la indemnizacion de perjuicios y resarcimiento de daños, y del pago de costas judiciales.*

COMENTARIO.

I.

1. Este artículo 24 comprende la escala general de las penas admitidas por el Código. Es ciertamente numerosa esa escala: son ciertamente variados esos castigos. La ley se ha propuesto seguir al delito en su diversidad cuanto le es posible, y señalar muchos y distintos males como consecuencias de su mal tan múltiple y tan diversificado. Su objeto es que desde el grado mayor hasta el más pequeño de la penalidad haya de descenderse con la marcha más suave, y con los tránsitos ménos bruscos que se pueda. Si del uno al otro hay y se nota tal vez algun salto sensible, depende ésto de que los medios humanos son limitadísimos en tal esfera, y de que ciertos abismos han de quedar siempre abiertos y sin llenarse, no obstante todos los esfuerzos de los legisladores. Entre la muerte, por ejemplo, y cualquiera cosa que á la muerte siga, ha de mediar siempre la distancia que separa al ser del no-ser.

2. Lejos, pues, de nosotros las pretensiones exageradas que no pueden realizarse. La ciencia y la ley no se han de valer sino de los elementos que hallan á su disposicion. La una y la otra cumplen, cuando ponen todo su empeño en la investigacion y en la aplicacion de los males que destinan para corregir al delito. La razon no puede legítimamente pedirles otra cosa.

3. Ahora bien: en el artículo que examinamos se han buscado esos males en todos los órdenes, en todas las categorías que pueden ofrecerlos. Se han buscado en la existencia: se han buscado en la personalidad material y física: se han buscado en la libertad: se han buscado en la propiedad ó en la fortuna: se han buscado en la posesion y en el goce de los derechos civiles y políticos. Hasta en una esfera en que no deben buscarse sin sumo cuidado, en la esfera de la honra, vemos que tambien se ha buscado alguno, para agravar aún la lista, y ennegrecer más sus colores.

4. A la primera de estas clases, á los males que atacan nuestra

existencia, corresponde la primera de las penas y la más terrible de todas, la pena de muerte.

5. La cadena, la reclusion, el presidio, son males de un órden compuesto, males que nos hieren en nuestra misma persona, forzándola á un penoso trabajo con padecimientos materiales, y males que nos hieren en nuestra libertad, secuestrándola completamente y privándonos de su ejercicio.

6. La relegacion, el extrañamiento, el confinamiento, la prision, el destierro, el arresto, la sujecion á la vigilancia de las autoridades, recaen principalmente sobre esa misma libertad, de la cual nos despojan, ora temporal, ora perpétuamente, ora en alguna parte, ora en la plenitud de nuestros deseos.

7. Las inhabilitaciones, la degradacion, la interdiccion, la caucion, afectan á los cargos ó empleos, y á los derechos civiles ó políticos de que gozábamos.

8. La reprension, especialmente la pública y la argolla, nos hieren en nuestra delicadeza y en nuestra fama.

9. Por último, la multa, la pérdida ó comiso de efectos, el resarcimiento de daños y el pago de las costas procesales, se dirigen contra la propiedad ó la fortuna de los delincuentes, y les causan en ellas legítimos perjuicios de más ó ménos consideracion.

10. Tenemos, pues, que todos los puntos por donde el hombre es vulnerable, todos los ha recorrido la ley, para hacerlos objeto de sus tiros. Si no ha empleado, porque no debia emplear, todos los medios posibles de herirle; si ha atendido á buscar las cualidades que la buena teoría exige ó recomienda en las penas, desechando aquellas en que no se encontraban, no se dirá al ménos que ha cerrado los ojos sobre un origen de padecimientos que pudiera serle útil, ni que ha prescindido de una fuente de penalidad que sirviese para su triste, pero necesario propósito.

11. Otros códigos han sido más parcos en esta materia, y se han contentado con pocos principios de penalidad. El austriaco, por ejemplo, sólo señala como castigo de los crímenes la detencion y la muerte. El francés mismo, severo y rigoroso como es, tambien presenta muchos ménos tipos penales. No lo aprobamos. Esa sencillez no es sencillez verdadera, porque tiende á confundir bajo una misma denominacion expiaciones ó correcciones de muy heterogéneos delitos. Parécenos mejor que se diversifique todo lo posible en lo que cae sobre tan diversas cosas. El pequeño aumento de complicacion que de esto resulte, lo tenemos por muy oportuno y de muy buenas consecuencias.

II.

12. No queremos detenernos aquí en vagas consideraciones sobre la pena de muerte. Si el abuso que muy frecuentemente se ha hecho de ella ha producido, como era natural, una viva reaccion, que ha traspa-

sado á veces los justos límites, esto no puede ser causa para que hombres sensatos, para que entendidos y prudentes legisladores cierren los ojos á las necesidades públicas, y dejen desarmada la sociedad ante los más terribles, y odiosos, y repugnantes de sus enemigos.

13. Déjense á un lado las exageraciones; enfrénese, como es forzoso hacerlo en estas materias, á la imaginacion; considérense los intentos de la humanidad, pésese la enormidad de ciertos crímenes, y la conciencia del género humano coincidirá en esta consecuencia dolorosa: que la pena de muerte es en sí legítima, y en ciertos casos indispensable. Ninguna otra es expiacion suficiente; ninguna otra satisface las vivísimas alarmas, los nefandos horrores con que conturba algun crímen la sociedad entera.

14. El gran peligro que esta pena tiene, y que somos los primeros á confesar, consiste en lo irreparable de su fallo cuando ha llegado á ponerse por obra. Por eso mismo es tan necesario limitarla al menor número de casos posible; por eso es necesario cuidar con tanto esmero de no imponerla sino cuando ha llegado á su complemento la humana certidumbre, y es moralmente imposible que seamos víctimas de un error, de una ilusion. Cuando hay duda sobre el hecho, la muerte no puede legítimamente decretarse.

15. Si se nos dice que á pesar de esta certidumbre todavía es posible la equivocacion, porque en rigor están expuestos á ella todos los juicios humanos, responderémós concediendo la verdad de ese principio, pero negando la consecuencia que se quiere deducir de su alcance. Ese temor no se ha de exagerar más de lo justo; ese peligro no ha de ser una perpétua rémora de nuestras acciones. El hombre cumple poniendo lo que está de su parte para el descubrimiento de la verdad, buscándola con fé sincera y con recto corazon. Cuando, dirigido por este espíritu, la halla, debe seguirla confiadamente. Si, á pesar de todo, se engañó, ninguna responsabilidad tiene en una desgracia inevitable. La responsabilidad consistiria en no seguir lo que se vé y se juzga verdadero, por el vano recelo de que no lo fuese. La sociedad no podria subsistir con tales condiciones.

16. Pasamos ligeramente sobre esta materia, porque para tratarla de propósito casi sería menester un libro. Lo hemos hecho en nuestras lecciones de Derecho penal, y á ellas remitimos á nuestros lectores que deseen profundizarla. El poder de la sociedad para la imposicion de ese castigo, la oportunidad, la necesidad más bien de emplearlo en ciertas ocasiones, todo está allí desenvuelto segun nuestras idéas. Lo que el género humano ha concebido siempre, lo que todas las leyes han ejecutado, nosotros, despues de otros muchos, lo hemos querido justificar, y entendemos no haber faltado á nuestro propósito.

17. La pena de muerte, decimos en resúmen, es necesaria. En su uso, en su aplicacion, debe ser la ley tan parca, tan comedida, tan circunspecta como le sea posible.

III.

18. Algunas palabras tambien, pero sólo algunas palabras, sobre los cuatro órdenes de penas, la cadena perpétua, la reclusion perpétua, la relegacion perpétua, y el extrañamiento perpétuo, que siguen á la de muerte en el artículo. Más claro, algunas reflexiones sobre lo que las caracteriza y hay en ellas de comun, á saber, la *perpetuidad*.

19. ¿Es justa, es legítima, es conveniente la imposicion de penas perpétuas? ¿Puede la sociedad apoderarse de esta suerte de un hombre, y matar todo su porvenir, y extinguir en su ánimo toda esperanza? ¿Puede decirle con derecho: por mucho que vivas, por mucho que expíes, nunca será bastante tu padecimiento, nunca terminará ni se dará por acabada tu expiacion?

20. Francamente lo decimos. Toda pena *perpétua* tiene para nosotros algo de repugnante, que difícilmente perdonamos por todas las consideraciones que la recomienden. Esa inflexibilidad es contraria á nuestras idéas morales sobre la expiacion, y sobre el mérito del arrepentimiento.—Una sola cosa absuelve y justifica para nosotros este género de penas: á saber, el derecho de indultar que se concede, y no puede ménos de concederse al Soberano. Desde que el perdon es ya posible, desde que se concibe la terminacion del mal cuando la expiacion haya sido cumplida, cesa lo horroroso de lo perpétuo, y el entendimiento acepta esta palabra, que no extingue completamente toda idéa de purgacion y toda eventualidad de rehabilitacion.

21. Esto supuesto, las penas de que tratamos son el único lazo, son un puente precioso, entre las penas comunes y la pena capital (1).

---

(1) La Junta del Colegio de Abogados de Madrid es contraria á las penas perpétuas y á las de larga duracion: segun su informe, preferiria que volviésemos á la antigua práctica, y que no se condenase á presidio sino por diez años.

Sentimos no estar de acuerdo con ella y no convencernos con sus razones. Toda vez que se admite la muerte, no comprendemos cómo puede rechazarse en general ni lo perpétuo ni lo prolongado de los castigos. Cuanto se dice contra éstos, con mucha más razon recaeria sobre la otra.

Si la Junta se limitase á pedir que fuesen pocos los delitos penados con esos castigos largos ó perpétuos, nada tendriamos que alegar en su contra: si se limitase á reclamar contra las acumulaciones y sumas de penas, que dan resultados absurdos, hasta ridículos, nada tendriamos tampoco que oponerle. Mas en tésis general, saltar de la muerte á diez años de presidio, nos parece demasiado; y si se admite la retencion como la antigua práctica la admitia, tambien nos parece grande la distancia entre diez años con retencion y diez años solos.

Por lo demás, estas cuestiones ¿quién duda que son sumamente difíciles? ¿Quién duda tampoco que si son fijos los principios de que hay que valerse para resolverlas, la aplicacion de esos principios ha de tener siempre algo, mucho, de vago y de arbitrario?

IV.

22. Dos penas hemos visto en la escala, que afectan á la delicadeza del hombre, la reprension y la argolla; pero ¡qué diferencia tan grande en ellas! ¡Qué distintamente tiene la razon que considerarlas! ¡Qué diverso juicio nos vemos obligados á aplicarles!—¿Quién ha de poner la menor tacha al uso de la reprension; y cómo ha sido posible al mismo tiempo que se exhume de nuestras olvidadas leyes, ó que se copie de las extranjeras el degradante y perjudicialísimo de la argolla? ¿Cómo, sobre todo, despues de haber dicho (art. 28) que la ley no reconoce ninguna pena infamante?

23. ¿Se dirá, por ventura, que no lo es? Pero esto es imposible. Porque tiene ese efecto, y sólo porque le tiene, es por lo que la ley la ha querido emplear. Si la argolla no hiriese de una manera tan extraordinaria en el honor, en nada heriria, y no sería verdaderamente ningun castigo. En ella no hay dolor físico y material; en ella no padece nuestra libertad sensiblemente; ella, en fin, no hiere ningun otro de los puntos por donde podemos ser afectados. ¿Qué es, pues, si no es una pena infamante, si no se busca con ella la degradacion moral, profunda, del individuo, en el ánimo y en el aprecio de todos? ¿Cómo se dicta sólo para crímenes gravísimos, si no es porque constituye una extraordinaria penalidad? ¿Cómo se expresa que el que la haya padecido no podrá ser rehabilitado, á ménos de intervenir una ley, sino porque se reconoce todo el mal que su aplicacion causa?

24. No lo dudemos, pues. Se emplea en la argolla una pena infamante, y se la emplea porque es infamante. Se contradice el principio que se ha sentado. Se falta al propósito que se formó. No es en muchos casos ni con muchos castigos; pero es en alguno y con alguno. Hay contradiccion ó si se quiere, más bien excepcion notoria.

25. Mas esta excepcion ¿era por ventura necesaria? Los inconvenientes que han hecho desechar por lo comun ese género de penas, hasta el punto de producir una máxima condenatoria de las mismas, ¿desaparecen acaso en la que nos ocupa al presente? ¿La recomiendan, por el contrario, tales razones, que la debamos admitir, saltando por cima de la proscripcion general?

26. No lo creemos. Como la marca, como los azotes, como todo lo que es verdaderamente infamante, la argolla degrada y envilece al hombre de un modo definitivo, impidiendo para siempre su rehabilitacion. No se diga que ésta se podrá decretar por una ley; porque la ley no tiene ese efecto en el órden moral, ni puede disponer segun su beneplácito de la conciencia pública. Ante una consideracion de ese género, no tiene valor ninguna que sea favorable á la pena. Tambien pueden hallarse que patrocinen los azotes y la marca; y nuestro Código, sin embargo, ha suprimido los primeros y no ha admitido la segunda.

Es conveniente respetar sobre todo los principios morales que subsisten en nuestra sociedad, y dejar al hombre en la altura donde el cristianismo y la civilizacion moderna le han colocado. Si vais á matar para siempre su honra, mejor es que le quiteis la vida (1).

V.

27. Ninguna otra pena de las señaladas en el artículo nos parece que merezca ahora un exámen especial; si bien respecto de algunas podrémos decir pocas palabras cuando se las defina ó se las explique. Lo que sí ocurre desde este instante, ó por mejor decir, desde que se lee la escala que constituye el artículo, es la duda y la cuestion siguiente: ¿no hay en efecto otras penas que se puedan y se deban emplear para la represion de los crímenes, más que las comprendidas en esta escala? ¿Es completa y suficiente la recapitulacion y eleccion de ellas que ha hecho nuestro Código? ¿Ha tenido razon en descartar, en abandonar, en proscribir algunas de las que se usaban ántes?

28. Antes ¡oh! ántes, en diversos países del mundo, en diversos períodos de nuestra historia, la lista de los castigos ha sido mucho más rica, si no en número, por lo ménos en rigor y severidad. La muerte se ha invocado de mil modos horribles, que si al cabo la producian, hacíanla sentir con infinitas variedades y con singulares refinamientos. El suplicio de las *artesas* se halla casi copiado en la ley de Partida, que citamos en las Concordancias. El descuartizamiento despues de la muerte, lo hemos visto todos en nuestros dias: el descuartizamiento del hombre vivo se ha usado aún en el siglo anterior. La hoguera, la decapitacion, el atenaceamiento, están en nuestras antiguas leyes. Los antiguos usaban la crucifixion. El emparedamiento—(¡el entierro del hombre vivo!)—parece haber sido usado en los tribunales de la Fé.

29. Y si descendemos de las penas capitales á las que no son tanto, no dejarémos igualmente de hallar otras horribles memorias. La mutilacion de los ojos, de la lengua, de la mano, están en nuestras tradiciones y en nuestros códigos. El trabajo de las minas y el de las galeras lo están tambien. La marca, de la que hablábamos poco hace, se ha usado y se usa en diferentes pueblos. Los azotes los hemos visto aplicar hace pocos años.

30. En materias pecuniarias, la confiscacion era, hasta nuestro último cambio político, el derecho comun de los crímenes de lesa-majestad.

61. Apresurémonos á decirlo. Era un deber para nuestra nueva ley el no vacilar respecto á tales medios de castigo y represion, el desecharlos resueltamente, el romper con tan repugnantes tradiciones. Es una

(1) El Colegio de Madrid está conforme con nosotros en este particular importante.

honra el haber llenado este deber de humanidad, de civilizacion, de justicia. Que mate en buen hora la sociedad á los criminales, cuando sea necesario; pero absténgase de esos horrores, que son incompatibles con sus actuales idéas. El castigo legal puede ser severo, puede ser rigoroso; mas no puede ser bárbaro ni cruel. Cuando agrava el pensamiento de la muerte, léjos de engrandecer la pena, la desnaturaliza y la degrada. La ley no ha de complacerse en los suplicios: eso es bueno para el crímen, para la pasion.

32. Lo mismo decimos de las mutilaciones. Sólo en los siglos de barbarie, en los que tanto se buscaba la analogía externa y material, pudo ocurrir á la imaginacion ese horroroso sistema. Hoy sublevaria contra sí la conciencia pública, aún más que los mismos refinamientos de la muerte. Así es que las mutilaciones habian terminado de hecho, primero que muchas otras de esas odiosas y repugnantos penas. Si recientemente se ha cortado á alguno la mano, ha sido para ahorcarle ó decapitarle en seguida.

33. De los azotes y de la marca, como penas infamantes que son, hemos hablado en los números anteriores.

34. La confiscacion, nacida de la avaricia de los emperadores romanos, sólo pudo tener alguna utilidad en la época del feudalismo: utilidad política, dependiente de aquella organizacion social. En el dia, sin recomendacion alguna que la justificase, tendria uno de los mayores defectos que pueden presentarse en cualquier pena: á saber, su trascendencia sobre personas distintas de la misma del criminal. La confiscacion, unida como siempre iba con la muerte, no recaia sobre él, sino sobre sus hijos. Aunque quisiéramos separarla de ésta, siempre afectaria de un modo directo á esos desgraciados, y no en una pequeña porcion como la multa, sino en la totalidad de sus bienes, en el lleno de sus esperanzas.—Con razon, pues, se ha declarado contra ella la buena filosofía. La ley no debe hacer de ese modo trascendentes á sus castigos: la sociedad no ha de enriquecerse con los crímenes de sus miembros.

VI.

35. Una consideracion nos resta, respectivamente al artículo que vamos examinando. Recorridas y estimadas las penas que le componen, fáltanos sólo echar la vista sobre su division, sobre el sistema en que están ordenadas, presentadas, destinadas al uso práctico.

36. Todo ese largo catálogo de males ó de castigos se dividen en cinco secciones. La primera es la de las penas aflictivas, y comprende desde la muerte hasta el confinamiento menor—(lo ménos cuatro años: artículo 27).—Con estas penas se castigan los delitos graves. La segunda es la de las correccionales, que comprenden desde el presidio correccional—(lo más tres años)—hasta el arresto mayor—(lo ménos un mes). Con estas penas se castigan los delitos ménos graves. La tercera es la

de las leves, que se forma del arresto menor—(de uno á quince dias)—y de la reprension privada ó secreta. Con esta pena se castigan las faltas. La cuarta seccion es la de las penas comunes á las tres categorías anteriores: compónese de la caucion y la multa. Estas pueden recaer, así en las faltas como en todo género de delitos. La quinta, por último, es la de penas accesorias: penas que jamás se imponen solas de por sí; penas que siempre han de acompañar á alguna impuesta principalmente; adiciones más ó menos graves, que pueden acompañar y reforzar las penalidades comunes y ordinarias.

37. Tal es el sistema del artículo, fácil de comprender, satisfactorio á la razon, y sobre el que únicamente debemos añadir que, si bien encierra todas las penas, no establece todavía la graduacion de las unas á las otras. Aquí están todas con cierto órden; pero no es ella una escala gradual. Este es un resúmen. Las categorías artísticas vendrán más adelante y exigirán diversas consideraciones que las que aquí hemos presentado.

Artículo 25.

«Las penas de inhabilitacion y suspension para cargos públicos—derechos políticos—profesion ú oficio,—son accesorias en los casos en que no impidiéndolas especialmente la ley, declara que otras penas las llevan consigo.

»La de resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio y pago de costas procesales, se entienden impuestas por la ley á los autores de todo delito ó falta, y á sus cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables.»

COMENTARIO.

1. El presente artículo es un complemento del sistema del anterior. En aquel se dividen las penas en principales y accesorias. Este dice que las de inhabilitacion y suspension, puestas allí en la primera clase—*(véanse penas aflictivas y penas correccionales)*—porque pertenecen á ella de ordinario, son tambien en algunos casos de la segunda, llevándolas consigo otras penas. El artículo 50 y los siguientes, nos ofrecen estos casos.

2. En ello no hay dificultad. Hasta aquí la explicacion del artículo satisface á un escrúpulo teórico; pero no tiene más uso en la práctica.

3. Su segunda parte, el párrafo con que concluye ha sido añadido en la reforma de 1850, y consagra de nuevo una práctica antigua y racional.

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LA DURACION Y EFECTOS DE LAS PENAS.

SECCION PRIMERA.

Duracion de las penas.

Artículo 26.

«Las penas de cadena, reclusion, relegacion y extrañamiento temporales, duran de doce á veinte años.

»Las de presidio, prision y confinamiento mayores, duran de siete á doce años.

»Las de inhabilitacion absoluta, é inhabilitacion especial, temporales, duran de tres á ocho años.

»Las de presidio, prision y confinamiento menores, duran de cuatro á seis años.

»Las de presidio y prision correccionales y destierro, duran de siete meses á tres años.

»La de sujecion á la vigilancia de la autoridad, dura de siete meses á tres años.

»La de suspension dura de un mes á dos años.

»La de arresto mayor dura de uno á seis meses.

»La de arresto menor de uno á quince dias.

»La de caucion dura el tiempo que determinen los tribunales.

»Los términos que designan el tiempo, desde el cual y hasta el cual dura la pena, se computan ambos inclusive.»

CONCORDANCIAS.

Nov. Recop.—*L.* 8, *tít.* 40, *lib. XII.*—Prescribe que *no se pueda destinar á reclusion perpétua, ni por más tiempo que el de diez años en los arsenales, á reo alguno; pero que no se les pueda poner la cláusula de con*

retencion, para que no salgan interin no se les dé licencia, segun los informes que se recibieren de su conducta.

Cód. franc.—*Art.* 19. *La duracion de los trabajos forzados temporales será de cinco años por le ménos, y por lo más de veinte.*

Art. 21..... *La duracion de esta pena* (la de reclusion) *será á lo ménos de cinco años, y lo más de diez.*

Art. 32.... *La duracion de esta pena* (el extrañamiento, bannissement) *será á lo ménos de cinco años, y lo más de diez.*

Art. 40..... *La duracion de esta pena* (la prision) *será al ménos de seis dias, y á lo más de cinco años; salvo los casos de reincidencia, ó aquellos en que la ley le señale otros límites.*

La pena de un dia de prision dura veinte y cuatro horas; la de un mes dura treinta dias.

Art. 465. *La prision por contravenciones de policía no podrá bajar de un dia, ni exceder de cinco, segun las clases, distinciones y casos que en seguida se expresan. Los dias de prision se entienden de veinte y cuatro horas cumplidas.*

Cód. austr.—*Art.* 15. *La pena de prision puede aplicarse por toda la vida del penado, ó sólo por un plazo cierto. En este último caso, el mínimum será de seis meses, y el máximun de veinte años.*

Id. Segunda parte.—*Art.* 14. *El mínimum de la duracion del arresto es de veinte y cuatro horas, y el máximun de seis meses.*

Cód. napol.—*Art.* 9. *La pena de hierros se compondrá de cuatro grados iguales de seis años cada uno. El primero, de siete á doce años; el segundo, de trece á diez y ocho; el tercero, de diez y nueve á veinte y cuatro; y el cuarto, de veinte y cinco á treinta.*

Art. 26. *La prision, el confinamiento y el destierro correccional tendrán tres grados. El primero durará de uno á seis meses; el segundo de siete meses á dos años; el tercero de dos años y un mes á cinco años.*

Art. 27. *Las interdicciones temporales no podrán imponerse por ménos de dos meses, ni por más de cinco años.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 54. *La pena de obras públicas no podrá pasar de veinte y cinco años.*

Art. 56. *La pena de presidio no podrá pasar de veinte años. En el caso del art.* 69 (cuando se impone á ciertas personas en sustitucion de la de obras públicas) *podrá llegar esta pena á veinte y cinco años.*

Art. 59. *La pena de reclusion podrá llegar á veinte y cinco años para las mujeres, y ser perpétua para los hombres mayores de setenta años, en los casos prescritos en los artículo* 66 *y* 67 (sustitucion de los trabajos perpétuos y de la deportacion). *Para los demás no podrá pasar de quince años.....*

COMENTARIO.

1. Una de las grandes cualidades que tienen todas las penas que recaen sobre la libertad, se cifra en lo extremadamente divisibles. Por eso son tan aptas para todo género de correcciones y castigos: por eso forman, sin duda alguna, la base de los códigos modernos. Rigorosamente hablando, y necesitando optar por una sola, con ellas podríamos pasarnos sin las demás, lo cual de ninguna otra puede decirse.

2. Veamos, si no, el presente artículo. Desde un dia que comienza el arresto menor, hasta veinte años en que concluyen la cadena, la reclusion, la relegacion y el extrañamiento temporal, la escala es ya prolongadísima, por no decir incomensurable. Prescindiendo de las demás circunstancias que la agravan, sólo el padecimiento del encierro, sólo la secuestracion de la libertad, se halla en sus dos límites en la razon de 1 á 7,300.

3. Y despues de ese límite, despues de sus grados temporales, tenemos aún sus nuevas faces, que centuplican seguramente la agravacion por la nueva calidad que las distingue; el extrañamiento perpétuo, la relegacion, la reclusion, la cadena perpétuas.

4. Todo esto constituye sin duda un gran adelanto. Todo esto hace que puedan proporcionarse mejor las penas á los delitos. Todo esto contribuye á que pueda reducirse á menor número de casos el irreparable castigo de la muerte. Cuando es estrecha la base de la penalidad, pronto se toca á su límite, y se cae en los últimos suplicios: cuando, por el contrario, es ancha, es extensa, aquel se dilata, y éstos no llegan fácilmente.

5. Veinte años es, segun este artículo, el máximum de las penas temporales. Sin que en esto haya naturalmente ninguna regla fija, ni más que prudenciales apreciaciones, debemos decir que nos parece bien ese plazo. El de diez años que establecia nuestra ley recopilada, era sumamente corto, y muy luego se llegaba á él. El de treinta que establece el código de Nápoles, es desmedidamente largo, y casi se confunde con la perpetuidad. Treinta años es todo el porvenir de un hombre de veinte.

6. Una lista inversa de la duracion de las penas nos pondrá mejor de manifiesto el sistema seguido por el Código.

Desde 1 dia hasta 15 dias.....	Arresto menor.	
Desde 15 dias hasta un mes..	No existe pena directa (1).	
Desde 1 mes hasta 6 meses...	Arresto mayor.	
Desde 6 meses hasta 7 meses.	No existe pena directa.	
Desde 7 meses hasta 3 años..	Destierro. Prision........ Presidio.......	correcional.
Desde 3 años hasta 4 años...	No existe pena directa.	
Desde 4 años hasta 6 años...	Confinamiento . Prision........ Presidio.......	menor.
Desde 6 años hasta 7 años...	No existe pena directa.	
Desde 7 años hasta 12 años..	Confinamiento . Prision........ Presidio.......	mayor.
Desde 12 años hasta 20 años.	Extrañamiento. Relegacion..... Reclusion ..... Cadena........	temporal.

7. Pero no son únicamente divisibles y sujetas á tiempo las penas que sobre la libertad recaen. En este artículo se habla tambien de algunas otras, y tambiem se les señalan sus plazos, lo mismo que aquellas, su máximum y su mínimum. La sujecion á la vigilancia de las autoridades se puede extender de siete á treinta y seis meses;—proporcion, 7 á 36. La de suspension de cargo, derecho, profesion ú oficio, sea especial, sea general, se extiende de uno á veinticuatro meses,—proporcion, 1 á 24. La de inhabilitacion para los mismos, de tres á ocho años;—proporcion, 3 á 8.—La caucion, por último, tiene, y no podia ménos de tener segun su índole, unos límites más vagos: sólo los tribunales con su prudencia son los que han de fijar el tiempo de su duracion.

8. Sólo son indivisibles entre las penas que como principales se imponen, la muerte, la cadena, la reclusion, relegacion y extrañamiento perpétuos; y la reprension pública y privada. En éstas, su naturaleza impide la division: en la primera y las últimas, porque son instantáneas; en las de en medio, porque duran toda la vida. Aun estas mismas se pueden considerar como el último término, el infinito, de las que ántes hemos dividido en tan diversas proporciones.

9. La multa no es divisible por el tiempo; pero lo es por la cantidad.

---

(1) Puede haber indirectamente arresto de este plazo, como de otros muchos, en sustitucion de penas pecuniarias.

Ya verémos en sus lugares respectivos cuáles son sus límites inferior y superior.

10. Este artículo no habla de la duracion de las penas accesorias. Verdad es que de las que lo son siempre sólo la interdicion civil es variable por razon del tiempo. La argolla es instantánea: la degradacion es pérpetua: la pérdida, ó comiso de los instrumentos ó efectos del crímen, es absoluta. En el resarcimiento y en las costas hay ciertamente cantidad; pero no divisibilidad de tiempo, no duracion.

Artículo 27.

«Lo dispuesto en el artículo anterior no tiene lugar respecto de las penas que se imponen como accesorias de las otras; en cuyo caso tendrán las penas accesorias la duracion que respectivamente se halle determinada por la ley.»

COMENTARIO.

1. El artículo 25 ha dicho que las penas de inhabilitacion y suspension que corresponden á las principales, pueden ser accesorias en algunos casos. De ellas, pues, y de estos casos, habla el artículo presente. Si en el anterior hemos visto cuál es su duracion como principales, en éste encontramos que cuando son accesorias, no se sujetan á la misma regla.

2. Claro es que no podia ser. Puestas entónces como complemento de otro castigo, no habian de durar ni más ni ménos que éste. Ahora bien: éste, que completaban, podia ser de mayor ó menor duracion que aquellos otros, reducidos aquí á la penalidad accesoria. La cadena temporal, por ejemplo, puede durar hasta veinte años. Si la inhabilitacion le es agregada con aquel carácter, no ha de quedar reducida á solos ocho; necesario es que tambien dure veinte.—Por eso se dice que tendrán la duracion determinada en la ley: esto es, la que la ley fija para la pena principal.

3. Sobre este particular, véanse los artículos desde el 50 al 58.

Artículo 28.

«La duracion de las penas temporales empezará á contarse desde el dia que la sentencia condenatoria quede ejecutoriada, lo cual en las penas personales se entenderá si el reo quedare desde luego en poder de la autoridad; y si no, desde que se presentare ó fuere aprehendido.

«Si se hubiere interpuesto recurso de nulidad ú de casacion, y por consecuencia de él se redujere la pena, se contará la duracion de ésta desde que se haya publicado la sentencia anulada ó casada (1).»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 25, reformado en 1822. *La duracion de las penas temporales se contará desde el dia en que llegue á ser irrevocable la sentencia.*

Cód. napol.—*Art.* 52. *Las sentencias condenatorias empezarán á computarse para los detenidos desde el dia en que queden irrevocables, y para los no detenidos desde el dia de su ejecucion efectiva.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 98. *En las penas que tengan tiempo determinado, empezará á contarse ésta desde el dia en que se notifique al reo la sentencia que cause ejecutoria; pero el tiempo que hubiese estado preso, le será contado como parte del de la pena, graduándose cada seis meses de arresto ó prision por tres de obras públicas, ó por cuatro de reclusion ó presidio. Los dias de arresto, reclusion ú otra pena temporal, serán completos, de veinte y cuatro horas: los meses, de treinta dias cumplidos: los años, tambien completos, de doce meses.*

---

(1) Véase para ciertos casos el decreto de 9 de Octubre de 1833, que insertamos en el tomo 3.º

COMENTARIO.

1. Nuestra antigua legislacion, escasa en éste como en tantos otros puntos, no habia fijado en ninguna de sus disposiciones desde cuál dia empezarán á correr las penas personales que decretaba; pero la práctica, que por necesidad tenia obligacion de suplir de alguna suerte aquellos defectos, la práctica habia adoptado un sistema racional y prudente, comenzando á contar todas las condenas desde el instante mismo en que se notificaban al reo como ejecutorias. Al buen sentido público habia repugnado que no se estimasen como dias de castigo aquellos en que la detencion no constituia ya una necesidad de la causa, sino una demora más ó ménos justificada del poder. No era culpa del reo, si éste no podia colocarle desde el momento mismo en el lugar destinado para su condena. No habia de sufrir tampoco un nuevo castigo, ademas del castigo á que se le habia condenado.

2. El Código no debia abandonar este punto á la jurisprudencia, pudiendo fijarlo en sus artículos, como lo han fijado otros códigos modernos. Lo ha hecho, pues; y, como era forzoso, ha atendido á las indicadas consideraciones, para disponer que la duracion de las penas se computara desde que irrevocablemente estén decididas. Esto es aún mejor que computarla desde la intimacion del fallo. Así, si la notificacion se retardare, el condenado ganará aquel beneficio. Un dia en que éste pudiese consistir, es siempre algo muy apreciable para quien carece de su libertad.

3. El segundo párrafo del artículo no tiene aplicacion alguna en el dia, pero la tendrá necesariamente ántes de mucho tiempo. Es imposible que continuemos sin establecer el recurso de nulidad ó de casacion respecto á las causa criminales, bien sea para todas, ó por lo ménos para las que produzcan penas de importancia. Ese espectáculo, que estamos presenciando, de tener tales recursos para un pleito de veinte mil reales, y de no tenerlo para una causa de muerte; ese espectáculo, decimos, es un escándalo que nos deshonra, y que no puede durar. Habrá, pues, casacion en los negocios criminales, y despues de ejecutoriadas, podrán anularse las sentencias, y recaer otras, bien agravatorias, bien sustractorias de la penalidad primitivamente impuesta.

4. Ahora bien: en semejante caso, ¿desde qué época se ha de computar la duracion del castigo?

5. La lógica rigorosa pretenderia de seguro que desde la sentencia posterior, toda vez que la primera fué anulada, y que la segunda es la que verdaderamente falla y decide el negocio.

6. El Código, sin embargo, ha querido ser favorable á los condenados; y ha establecido que cuando la primer sentencia fué injusta y nula por agravatoria, cuando la segunda ha disminuido la penalidad, cuando

el reo tuvo completa razon en interponer contra aquella el recurso de que se trata, la computacion se fije desde aquella misma, y principie á correr la pena desde que se dió tal fallo, casado despues y dejado sin efecto por lo posterior ó los posteriores. Razon tenia el procesado (ha pensado la ley) en provocar estos otros; y no ha de pagar él, con una penalidad más dilatada, lo que no es culpa suya, sino en culpa de otros ha consistido.

7. Por el contrario, si la condena se agrava en la segunda sentencia, sólo desde ésta se contará su duracion. No puede computarse pena alguna—(ha pensado tambien la ley)—en tanto que esa pena no se ha impuesto por algun fallo.

8. Por nuestra parte, no sólo aprobamos el beneficio que se dispensa en el caso de nulidad y de aminoracion de la pena, sino que no habríamos tenido inconveniente en aplicarlo á aquel otro en que la pena se agravase. Desde que hay una ejecutoria, imputaríamos la detencion como parte y á cuenta de la penalidad, cualesquiera que fuesen los resultados de un recurso que es tan natural el interponer. La ley ha sido ilógica por mitad, y nosotros lo habríamos sido por entero. Creemos que con estas pequeñas misericordias no se comprometería en nada la causa pública.

SECCION SEGUNDA.

Efectos de las penas, segun su naturaleza respectiva.

1. Seguimos en el análisis de las penas. Hemos recorrido su lista general, y su clasificacion de aflictivas, de correccionales, de leves, de comunes, de principales y accesorias. Hemos visto despues su duracion: hemos dado la regla, ó fijado el punto de partida para su cómputo.—Ahora vamos á ver los efectos, las consecuencias que producen. Así se va formando poco á poco su conocimiento: así, despues de todo, nos encontrarémos con su completa y exacta definicion.

2. Téngase, pues, presente el objeto de la Seccion en que ahora entramos. No va á explicar ella precisamente en lo que las penas consisten; va á decir cuáles son los resultados que se siguen de cada una. No es su descripcion material, es su reato moral el que nos ocupa en estos instantes.

Artículo 29.

«Los que hayan sufrido las penas de argolla ó degradacion, no pueden ser rehabilitados sino por una ley especial, aunque obtengan indulto de las penas principales.»

COMENTARIO.

1. He aquí la prueba de que la argolla tiene toda la importancia infamante que le dábamos en nuestros Comentarios á los artículos 23 y 24; hé aquí la prueba de que el Código mismo lo reconoce. Por solo el hecho de la exposicion, que ha padecido una persona castigada, ya esa persona es incapaz de rehabilitarse por los medios comunes. El poder del Monarca, todo el lleno de su prerogativa de clemencia, no han de alcanzar á ese simple efecto: necesítase nada ménos que una ley, la expresion solemne de la soberanía, un acto tal como el Código mismo, para volver á ese hombre á la condicion comun de sus semejantes.

2. Y el caso es—sinceramente hablando—que ni áun por ese medio volverá. La ley se afanará en vano, y no lavará aquella mancha: porque es un error el persuadirse de la omnipotencia de la ley en la esfera á que tal borron corresponde. La ley lo puede todo en el órden material; en el órden de la conciencia y de la honra, su poder es sumamente limitado. La ley no puede declarar infame á cualquiera que le plegue; pero tampoco puede arrancar esa calificacion al que la ha recibido.

3. Sobre la degradacion, sus consecuencias morales, y la posibilidad de ser rehabilitados los que la padecieron, hablarémos en el art. 114.

4. Aquí sólo añadirémos que la ley rehabilitadora, de que trata el presente, puede ser, como todas, propuesta á las Córtes, ya por el Gobierno, ya por cualquiera Senador ó Diputado. Si los cuerpos colegisladores la aprueban, y la sanciona S. M., desde luego surtirá sus efectos, tales y tan ámplios como ella los fije. Una ley es siempre soberana en el órden externo del Estado: las sentencias de los tribunales y el Código mismo, todo baja su frente cuando ella se muestra. Como el Código no es más que otra ley; y en esa esfera lo que es especial, excepcional, posterior, enmienda, y deroga, si es necesario, á lo que es anterior y general. Aquí, sin embargo, no habria derogacion, como que sería un caso previsto por el derecho comun.

Artículo 30.

«La pena de la inhabilitacion perpétua produce:

»1.° La privacion de todos los honores, y de los cargos y empleos públicos que tuviere el penado, aunque sean de eleccion popular.

»2.° La privacion de todos los derechos políticos, activos y pasivos.

»3.° La incapacidad para obtener los cargos, empleos, derechos y honores mencionados.

»4.° La pérdida de todo derecho ó jubilacion, cesantía, ú otra pension por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el Gobierno podrá concederle por servicios eminentes.

»No se comprenden en esta disposicion los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la viuda ó hijos del penado.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 42. *Los tribunales, juzgando correccionalmente, podrán en ciertos casos interdecir en todo ó en parte el ejercicio de los derechos cívicos, civiles, y de familia, que se expresan:* 1.° *El de la eleccion.* 2.° *La elegibilidad.* 3.° *El de ser llamado ó nombrado para las funciones de jurado ú otras públicas, y la capacidad para los destinos de la administracion y su ejercicio.* 4.° *El de usar armas.* 5.° *El de opinar y votar en las deliberaciones de familia.* 6.° *El de ser tutor ó curador, no tratándose de sus hijos, y ésto con el beneplácito de la familia.* 7.° *El de ser perito, ó llamado como testigo á actos solemnes.* 8.° *El de testificar en justicia, de otro modo que para dar simplas declaraciones.*

Art. 43. *No podràn los tribunales pronunciar la interdiccion del artículo precedente sino cuando esté preceptuada ó autorizada por una disposicion particular de la ley.*

Cód. napol.—*Art.* 14. *La interdiccion de atribuciones públicas consistirá en la exclusion del sentenciado de todo cargo ó empleo público, y en la incapacidad de ser tutor ó curador, á no ser de sus hijos, y con el consentimiento del consejo de familia.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 75. *Acerca de la inhabilitacion temporal ó perpétua para obtener empleo ó cargo público en general ó en clase determinada, ó para ejercer alguna profesion ú oficio, se estará á lo que la ley ordene en los casos respectivos.*

Artículo 31.

«La pena de inhabilitacion absoluta temporal para cargos públicos ó derechos políticos produce en el penado:

»1.° La privacion de todos los honores, y de los empleos y cargos públicos, aunque sean de eleccion popular.

»2.° La privacion de todos los derechos políticos, activos y pasivos, durante el tiempo de la condena.

»3.° La incapacidad para obtener los empleos, cargos, derechos y honores mencionados, igualmente por el tiempo de la condena.»

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—*Art.* 27. *Las interdicciones temporales consisten en privar al sentenciado, por un tiempo que no puede bajar de dos meses, ni exceder de cinco años, de todos ó alguno de los derechos siguientes:*

1.° *Del voto ó eleccion.*

2.° *De la capacidad para obtener empleos ó cargos públicos.*

3.° *Del ejercicio de los mismos empleos ó cargos.*

4.° *Del ejercicio de un arte ú oficio.*

5.° *De obtener permiso de llevar armas.*

6.° *De ir á punto determinado.*

7.° *De ser oido como perito en negocios criminales.*

8.° *De voto y voz en las deliberaciones del consejo de familia.*

9.° *De ser tutor ó curador, á no ser de sus propios hijos, y con el consentimiento del consejo de familia.*

Artículo 32.

«La inhabilitacion especial perpétua para cargos públicos, produce:

»1.° Lo privacion del cargo ó empleo sobre que recae, y de los honores anejos á él.

»2.° La incapacidad para obtener otros en la misma carrera.»

CONCORDANCIA.

Cód. brasil.— *Art.* 59. *La pena de la pérdida de empleo lleva consigo la de todos los servicios que en él hayan prestado los culpables.*

Los que hayan perdido su empleo á virtud de sentencia judicial, podrán ser promovidos por un nuevo nombramiento á otro de la misma ó diferente naturaleza, á ménos que expresamente no se haya hecho declaracion de incapacidad.

Artículo 33.

«La inhabilitacion perpétua para derechos políticos priva perpétuamente de la capacidad de ejercer los derechos sobre que recae.»

Artículo 34.

«La inhabilitacion especial temporal para cargo público, produce:

»1.° La privacion del cargo ó empleo sobre que recae, y de los honores anejos á él.

»2.° La incapacidad de obtener otros en la misma carrera, durante el tiempo de la condena.»

CONCORDANCIA.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 76. *Las penas de privacion ó suspension de empleos, honores, oficio ó cargo público, suponen tambien necesariamente la privacion ó suspension respectiva de todos los sueldos, obvenciones y prerogativas del destino.*

Artículo 35.

«La inhabilitacion especial temporal para derechos políticos produce la incapacidad para ejercer los derechos sobre que recae, por el tiempo de la condena.»

CONCORDANCIA.

Cód. austr.—*Artr.* 24. *La pérdida del oficio ó profesion no es legalmente una consecuencia necesaria del delito; y por lo mismo el delincuente no puede ser privado de ellos, como efecto de una sentencia penal. Sin embargo, si despues del cumplimiento de la condena hay peligro en permitir al delincuente que siga en su primer estado, se informará de ello, publicada que sea la sentencia, á la autoridad encargada de permitir su ejercicio.*

Artículo 36.

«La suspension de un cargo público inhabilita para su ejercicio, y para obtener otro en la misma carrera, por el tiempo de la condena.»

CONCORDANCIA.

Cód. brasil.—*Art.* 58. *La pena de suspension de empleo privará á los culpables del ejercicio de su oficio por el tiempo de la condena; y no podrán además desempeñar otro algun empleo, á no ser de eleccion popular.*

Artículo 37.

«La suspension de derechos políticos inhabilita igualmente para su ejercicio durante el tiempo de su condena.»

COMENTARIO.

I.

1. Hemos querido reunir todos estos artículos—del 30 al 37—bajo un solo Comentorio, porque son la exposicion pausada y gradual de un solo sistema, porque caen naturalmente bajo una sola explicacion, y dan lugar á unas propias observaciones. Rigorosamente hablando, áun debemos agrupar con ellos el 39 y 40, que vendrán despues. No lo hemos hecho en el texto, porque está en medio el 38, que exige declaraciones particulares. Mas en las consideraciones que nos vamos á permitir, los supondrémos conocidos y hablarémos de ellos como si ya quedasen insertados. Así, podrémos presentar con unidad y con órden estas materias de la suspension y de la inhabilitacion.

2. La escala establecida por la ley, tomándola, para mayor claridad, de un modo inverso, es decir, de menor á mayor, ascendiendo y no bajando, se compone de los grados siguientes:

(a) Suspension de profesion ú oficio. Art. 40.
(b) Inhabilitacion temporal de profesion ú oficio. Art. 39.
(c) Inhabilitacion perpétua de profesion ú oficio. Id.
(d) Suspension de un cargo público. Art. 36.
(e) Suspension de derechos políticos. Art. 37.
(f) Inhabilitacion temporal de cierto cargo público. Art. 34.
(g) Inhabilitacion temporal para ciertos derechos políticos. Art. 35.
(h) Inhabilitacion perpétua para cierto cargo público. Art. 32.
(i). Inhabilitacion perpétua para ciertos derechos políticos. Art. 33.

(j) Inhabilitacion temporal para todo cargo público ó derecho político. Art. 34.

(k) Inhabilitacion absoluta y perpétua. Art. 30.

3. A muy poco que se reflexione se conocerá que es doble esta escala. Entre los grados *d* y *e*, *f* y *g*, *h* é *i*, no hay relacion alguna de superioridad ó inferioridad. Los que respectan á cargo público y los que dicen relacion á derechos políticos, constituyen líneas paralelas que no pueden encontrarse. Así, la verdadera configuracion de esta escala es la siguiente: *a*,—*b*,—*c*,—*d* y *e*,—*f* y *g*,—*h* é *i*,—*j*,—*k*: *d* corresponde á *f* y *h*; *e* corresponde á *g* é *i*.

4. Ahora, procedamos á más explicaciones, y entremos de lleno en el exámen y el juicio de la ley.

5. Lo primero que tenemos que considerar es la expresion «*derechos políticos*.» En varios de estos artículos se usa, y se vuelve á usar: en todos se pone su inteligencia; su definicion no se dá en ninguno. ¿Qué significa, pues, esa expresion colectiva? ¿Qué, y cuáles son esos derechos de que habla el Código?

6. Dícese en las leyes, y sobre todo en la práctica comun, *derechos políticos*, como se dice *derechos civiles*, y en contraposicion á estos. Aquellos que corresponden al órden público, los que se poseen por razon de las leyes políticas, los que competen al ciudadano, esos son los que reciben el primer nombre. Los segundos dicen relacion á la esfera privada, al órden de la familia, á la intimidad doméstica. El foro es el círculo de los primeros; la casa es la esfera propia de los segundos. La facultad electiva corresponde evidentemente á los unos; la pátria potestad corresponde sin la menor duda á los otros.

7. Esto se comprende fácilmente, así en general y en globo considerado. Sin embargo, sucede con estas categorías lo que con otras muchas de las divisiones humanas. Grupos que se conciben distintos, llegan á tocarse por los extremos del uno y del otro. Las divisiones artísticas son obra de la ciencia; la naturaleza empero no se sujeta á sus límites, sino que procede por insensibles graduaciones. El último punto de una categoría suele no diferenciarse en nada del primero de la siguiente.

8. Pues si esto ocurre indudablemente en las cosas, lo mismo ocurre en el actual objeto de nuestro exámen, en los derechos. De algunos de los que corresponden, podemos decir con seguridad que pertenecen á esta ó á aquella clase, que son civiles ó que son políticos. Pero hay otros cuyo carácter no es claro, y acerca de los cuales es permitido vacilar.—El derecho de tutela, por ejemplo, ¿es un derecho civil ó un derecho político? ¿Corresponde al hombre ó al ciudadano?

9. Véase aquí la primera razon por la cual hubiéramos deseado nosotros que definiese expresamente la ley lo que son derechos políticos, y que lo hubiese definido por enumeracion. Despues de decir que los derechos políticos pueden perderse ó suspenderse en todo ó en parte, paré-

cenos que habria sido oportuno consignar en otro artículo que los derechos de que aquí habla la ley, que los que considera políticos para el efecto de estas penas, eran los que se consignaban seguidamente, consignándolos de hecho. En esto no podia haber verdadera dificultad. Otras legislaciones los han especificado, y su lista no puede ser larga. Si no padecemos una ilusion, todos ellos—los que la ley habia de señalar—debian reducirse á la capacidad para obtener destinos, á la capacidad electoral activa y pasiva en toda la esfera pública, á la capacidad de ser jurado segun esté establecida esta institucion entre nosotros, á la capacidad de ser tutor ó curador, á la de ser perito, á la de ser llamado como testigo para ciertos actos solemnes. A nosotros no se nos ocurre en este momento ningun otro derecho que debiera señalarse como objeto de pena; mas, dado el caso de que lo hubiese, la superior ilustracion de los autores del Código no habria dejado ninguno sin incluir. La penalidad de que tratamos estaria definida completamente; y cuando ocurriese aplicarla y ejecutarla, no cabria duda acerca de su alcance.

10. Pero todavía tenemos más razones para pensar de ese modo. No es sólo la dificultad que hemos presentado la que se nos ocurre como consecuencia de la ley. La generalidad de que usa tiene para nosotros un nuevo peligro. Ella encierra en las disposiciones de estos artículos todos los derechos políticos que los ciudadanos poseen: sobre todos dice que puede recaer la suspension ó la inhabilitacion. Los artículos 30, 31 y 37 son terminantes.—Ahora bien: nosotros creemos que hay derechos políticos que es muy dudoso puedan suspenderse ó inhabilitarse: que los hay, en que indudablemente no puede recaer tal pena. Nosotros creemos que la ley no los ha tenido á la vista cuando ha ordenado sus artículos; y que esto ha dependido de que, preocupada con la fórmula general, fijaba su consideracion en casos fáciles. Si hubiese tenido que hacer la enumeracion que indicamos, entónces no habria sido posible que se le escaparan tales inconvenientes.

11. Un derecho político es el que tienen los españoles para publicar sus opiniones por medio de la imprenta. En esto no cabe duda: la Constitucion lo consagra, y nadie dirá que no corresponde á la esfera política.—¿Comprenderá ese derecho la inhabilitacion ó la suspension de que tratan estos artículos? Mucho lo dudamos, por no decir resueltamente otra cosa.

12. Un derecho político es el de peticion, que tienen los españoles respecto al Soberano y á las Córtes del reino. Tambien es este derecho político, si los hay.—¿Se comprenderá, por ventura, en esa suspension ó en esa inhabilitacion? Es imposible.

13. Otros nuevos derechos son tambien los respectivos á la seguridad personal y á la jurisdiccion que ha de entender en nuestras culpas, cuando las cometiéremos.—¿Alcanzarán tambien á estos las penas de que vamos tratando? No: tales derechos no pueden perderse.

14. Está, pues, visto que hay inexactitud ó hay falta en la ley. *Todos*

los derechos políticos no pueden ser objeto de perdimiento ó de suspension, áun suponiendo que no quepa duda acerca de los que corresponden á aquella clase.

15. No lo dudamos, pues. El sistema que debió seguir el Código fué el que hemos indicado más arriba. Enumerando los derechos políticos que eran objeto de su penalidad, ni cabria duda de que eran derechos de tal clase los que señalaba, ni habria señalado otros que los que legítimamente pudieran perderse.—Si no lo ha hecho por seguir una forma comprensiva y sintética, tendrémos que decir que lo bueno es tambien peligroso, cuando se le exagera más de lo justo.

II.

16. Fuera de la dificultad que acabamos de ver, no encontramos otra en los artículos 40, 39, 37, 36, 35, 34, 33 y 32, como no sea acerca de la expresion *«en la misma carrera,»* que se lee repetida en algunos de ellos. En todo lo demas, y supuesto ya lo que puede prácticamente y *de facto* entenderse por derechos políticos, estos artículos son claros y terminantes. La suspension y la inhabilitacion de que en sus líneas se trata, no tienen otras consecuencias, ni surten otros efectos, que lo mismo que indican con sus precisas expresiones. El suspendido de un cargo ó profesion no puede ejercerle en tanto que esa suspension dura: el inhabilitado de lo mismo ó de aquellos derechos, queda privado de lo que poseia, é incapacitado de obtenerlo durante el plazo á que se refiere la condena. Con los destinos se pierden los honores que les son anejos, lo cual es natural y sencillo.

17. Quédanos sólo esa disposicion respectiva á los cargos ó empleos de *la misma carrera*, que hemos indicado, y acerca de la cual hablan los artículos 32, 34 y 36.

18. El principio que preside á esta disposicion, á saber, que el inhabilitado ó suspenso de un cargo público no pueda obtener otro semejante, es un principio tanto de justicia como de conveniencia general. El juez á quien se priva de su juzgado, no debe recibir otro: el jefe civil, á quien se suspende, no debe ser encargado en otro gobierno.

19. Mas para expresar esta doctrina, la ley ha usado la palabra *«en la misma carrera,»* lo cual puede dar ocasion á dudas y á dificultades. ¿Qué son entre nosotros las carreras, á excepcion de muy pocas, que por una tradicion constante vienen señaladas? ¿Cuál es su estrechez ó su amplitud? ¿Qué es lo que contienen ó lo que no contienen?

20. De seguro, la carrera militar es distinta de todas las civiles: la judicial y la eclesiástica son tambien conocidas, evidentes; pero en la administracion y en la hacienda no existe idéntica claridad. ¿Es una misma la carrera de correos y la de gobiernos políticos? Parece que no; y sin embargo depende de un Ministerio. ¿Es una misma la de loterías

y la de aduanas? Parece que sí, aunque dependan de distintas Direcciones.

21. Mientras no se halle más ordenado este particular, no han de poder evitarse completamente las arbitrariedades gubernativas, en una esfera, que debia ser de todo punto ajena á sus hechos. Todo lo que por ahora puede exigir la razon, es que no se cometan escándalos que hieran la conciencia pública. El que ha sido inhabilitado por malversaciones, no ha de recibir otró destino donde tambien se pueda malversar.

III.

22. Hemos llegado á los puntos supremos de la escala, á la inhabilitacion temporal absoluta para cargos y derechos políticos, y á la inhabilitacion absoluta y perpétua. Artículos 30 y 31.—Aquí no tenemos la cuestion de las carreras, porque es omnímoda la privacion é incapacidad para todo cargo; pero tenemos la cuestion de los derechos políticos, tal como la hemos tratado en los párrafos anteriores. Lo dicho en aquellos, eso damos por repetido al presente.

23. Mas tenemos tambien una nueva dificultad; mejor dicho, tenemos un nuevo precepto, que no puede merecer nuestra aprobacion. Hablamos del *número* 4.° del art. 30, que nos parece inconveniente é injusto. Segun él, acompaña á la inhabilitacion la pérdida de todo derecho pecuniario, como jubilacion ó cesantía, que se hubiese adquirido por servicios prestados anteriormente.—Volvemos á decir que no lo aprobamos en todas sus partes.

24. Pase en buen hora por las cesantías, derechos extraños, que sólo han debido su causa á los desórdenes de nuestra administracion. Pero las jubilaciones, los retiros, esas pensiones y derechos que se ganan por un número considerable de años, ó por haberse inutilizado sirviendo al público; éstos, toda legislacion bien ordenada debe reputarlos una propiedad, y respetarlos y considerarlos como se respeta y se considera á ésta. Es interés del servicio hacerlo así, es utilidad pública el elevar un muro delante de esos derechos, para que nunca ni por ninguna causa se les toque. Nosotros miramos su apoderamiento por la sociedad, como miraríamos el de cualesquiera otras propiedades: parécenos una confiscacion, y la condenamos cual condenaríamos ésta.

25. ¿Será una ilusion, será un delirio, nuestro modo de considerar este punto? No lo creemos. El empleado que llenó su tiempo, y que satisfizo á las condiciones prescritas para adquirir la jubilacion, consumó un hecho completo, que debió darle derecho absoluto. Los defectos en que incurra despues, no destruirán aquello que aconteció plenamente ántes. No se le da la pension que adquiere, por lo que ha de hacer en los tiempos venideros: se le da por lo que ha hecho en los pasados. ¿No es, por una parte, contradictorio, no es, por otra, inconveniente, el deshacer lo concluido, por casos que no pudieron influir en que se hi-

ciera? A cada accion, lo que en particular merece; mas lo bueno, terminado, no se ha de invalidar por lo malo que ocurriese despues.

26. Verdad es que el artículo exceptúa de esta pérdida una pension alimenticia que podrá conceder el Gobierno. Pero, ¿qué es, sino eso mismo, la jubilacion, con la diferencia de convertir en una gracia lo que era un derecho adquirido? Y si algnna vez se han de verificar esos favores, ¿por qué no siempre y en todos los casos? ¿Por ventura no estaba la jubilacion ganada en todos? ¿No hay un interés público en que la arbitrariedad no se sustituya al derecho?—Castiguemos en buen hora los crímenes; pero no dejemos mendigando á las familias que con el sudor de la frente habian honrosamente ganado la propiedad civil de una pension. No les hagamos mirar como un beneficio la muerte de sus jefes, para volver á adquirir, como viudedad, lo que, como jubilacion, habian perdido. Por última vez, ni lo creemos justo, ni fecundo en buenos resultados.

Artículo 38.

«Cuando la pena de inhabilitacion en cualquiera de sus grados y la de suspension, recaigan en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos á los cargos, derechos y honores que no tengan por la Iglesia. Los eclesiásticos incursos en dichas penas quedarán impedidos en todo el tiempo de su duracion para ejercer en el reino la jurisdiccion eclesiástica, la cura de almas, y el ministerio de la predicacion, y para percibir las rentas eclesiásticas, salva la cóngrua.»

COMENTARIO.

1. Las personas eclesiásticas pueden cometer delitos eclesiásticos y delitos civiles. Los primeros se castigan con penas eclesiásticas, segun el derecho canónico; los segundos segun este Código penal.—El fuero subsiste siempre, con arreglo á las leyes de procedimiento, que no es del caso ni examinar ni recordar ahora.

2. Esta doctrina que acabamos de sentar, es la única que reconoce la ley civil, y es á la que presta su fuerza la autoridad pública. Vanamente el interés personal, ó el extravío de todas las idéas, han inducido á los eclesiásticos á pretenderse de todo punto exentos de las leyes nacionales: el poder de los Monarcas ha enfrenado siempre sus preten-

siones, y señalando á los privilegios que gozan su verdadero orígen, ha cuidado de reducirlos á lo que se puede avenir con el interés general y con el derecho de la soberanía. Si alguna vez se les ha cedido más de lo justo, el oportuno y necesario equilibrio no ha tardado nunca en restablecerse, como la causa pública lo demandaba.

3. Aquí sólo debia tratarse de aplicar á los eclesiásticos lo dispuesto en los artículos anteriores, acerca de los efectos de la inhabilitacion y la suspension. Algo particular habia de disponerse con motivo de sus especiales circunstancias: alguna aclaracion, alguna variante era precisa, para llevar fácilmente á cabo la teoría, que en aquellos acababa de establecerse.

4. Las disposiciones de este artículo son cuatro. Primera. La inhabilitacion y la suspension civiles no alcanzan á las dignidades, á los derechos, á los honores eclesiásticos.—Esto es tan claro, como justo. El Obispo no dejará de ser Obispo: el sacerdote no dejará de ser sacerdote: el Doctoral no dejará de ser Doctoral. No es á la ley civil á la que han debido sus caractéres; no es ella quien puede despojarlos, quien puede arrebatárselos para que no los gocen.

5. Segunda. Pero quedarán impedidos para ejercer jurisdiccion, para desempeñar cura de almas, para seguir en el ejercicio de la predicacion. No pierden el carácter; no puede quitársele la ley; puede empero estorbarles su ejercicio, puede impedir que realicen sus exteriores, públicas consecuencias.

6. Este es un resultado de la armonía y del concierto que existen entre la Iglesia y el Monarca ó el país, del patronato que el segundo goza, de la proteccion que dispensa á la primera. Así como la reconoce, como la sostiene, como confiesa sus obligaciones respecto á la misma, así reclama sus facultades y tiene sus derechos, en lo externo de su organizacion, en el ejercicio de las atribuciones de sus dignatarios. No puede degradarlos; pero puede impedirles el uso de sus facultades religiosas en lo público y jurisdiccional.

7. Tercera. De la misma suerte puede ocupar sus temporalidades. Este derecho lo ha sostenido siempre enérgicamente el Estado, áun en las épocas en que el clero poseia bienes que miraba como propios. ¿Qué no será, pues, cuando ha sido desposeido de ellos, cuando sólo tiene en el dia la dotacion nacional que le ha señalado la sociedad misma?—Si ésta puede impedir á una persona el ejercicio de la dignidad ó cargo que tuviera, natural es que pueda suprimirle la especial pension ó dotacion que á la misma dignidad está señalada.—La analogía con los cargos civiles es aquí perfecta.

8. Cuarta y última. Pero ha de dejarle siempre salva é intacta la cóngrua.—Este es un homenaje al carácter eclesiástico de los individuos de que se trata. La ley canónica ha dispuesto que ninguno pueda adquirir aquel, sin tener segura esa cóngrua para su sustentacion. Desde este punto, la cóngrua se ha mirado como una condicion inviolable;

como una propiedad en que no puede ejercerse ningun ajeno derecho. La ley defiende contra todos esta pension alimenticia, y áun la defiende aquí contra sí propia. La ocupacion de temporalidades se detendrá delante de ella.

9. Mas ¿para qué servirá ese respeto á la cóngrua?—han dicho algunos—en el caso de la inhabilitacion? ¿Qué ha de hacer con ella el eclesiástico penado?

10. Hará ni más ni ménos—decimos nosotros—que lo que hará cualquier otro penado con las propiedades que posee. Gozará de ellas si la condena total en que ha incurrido no se lo impide. Si se hallare en aquellas reclusiones en las que no se puede recibir dinero, se le reservará, lo empleará en sus parientes, dispondrá de él, *inter vivos* ó *mortis causa*, como tenga por oportuno. La ley no tiene que ocuparse en esto. Mira á la cóngrua como una propiedad, y nada más tiene que decir. Las reglas que ordenan las propiedades, ordenarán lo que se califica del mismo modo

11. Una observacion harémos para concluir nuestro Comentario. La Comision habia dispuesto este artículo con mucha más severidad. Al pasar el proyecto por el Senado sufrió la reforma que le deja como hemos visto. En nuestro concepto ha ganado con ella (1).

Artículo 39.

«La inhabilitacion perpétua especial para profesion ú oficio priva al penado perpétuamente de la facultad de ejercerlos.

»La temporal le priva igualmente por el tiempo de la condena.»

Artículo 40.

»La suspension de profesion ú oficio produce los mismos efectos que la inhabilitacion temporal durante el tiempo de la condena.»

---

(1) Hé aquí el primitivo art. 38: «Cuando las penas de inhabilitacion en cualquiera »de sus grados, y la de suspension, recaigan en personas eclesiásticas, no alcanzarán sus efectos á los cargos, derechos y honores, que tengan por la Iglesia. Sola»mente producirán en este caso la pérdida de los derechos civiles, la privacion de »las rentas eclesiásticas, y la prohibicion de ejercer en el reino la jurisdiccion ecle»siástica, la cura de almas y el ministerio de la predicacion.»

COMENTARIO.

Sobre estos dos artículos 39 y 40 hemos hablado ya en el de los 30 á 37.—Véase.

Artículo 41.

«La interdiccion civil priva al penado, mientras la está sufriendo, del derecho de patria potestad, de la autoridad marital, de la administracion de sus bienes, y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos.

»Exceptúanse los casos en que la ley limita determinadadamente sus efectos.»

CONCORDANCIA.

Cód. franc.—*Art.* 42. Véase el Comentario á nuestro artículo 30.

Cód. napol.—*Art.* 15. *La interdiccion patrimonial lleva consigo la prohibicion de administrar sus propios bienes. La administracion de éstos se sujetará á lo que sobre ella se disponga en las leyes civiles.*

COMENTARIO.

I.

1. La interdiccion civil no es jamás, segun nuestro Código, una pena principal. Nunca puede imponerse como único castigo; siempre ha de aparecer, siempre se ha de usar como accesorio de otros primordiales. Varios artículos, y en particular los del 52 al 55, nos dirán especificamente en qué casos.

2. Hé aquí, pues, una primer diferencia entre esta interdiccion y la inhabilitacion de que hablábamos en los artículos anteriores. La inhabilitacion, como tambien la suspension, son penas principales al mismo tiempo que accesorias; si á veces acompañan á la de presidio, á la de

reclusion ó á la de cadena, siendo una agravacion de la penalidad, á veces tambien se imponen solas, y ellas de por sí son las que forman ésta.

3. De tal circunstancia se infiere por qué la pena de interdiccion civil no tiene duracion señalada. Su término es siempre el del castigo en cuya compañía se le impone. Perpétua, si aquel es perpétuo; temporal, si aquel es temporal; nunca tiene un plazo propio suyo, como que no está dotada de una existencia singular y propia.

4. Pero lo que distingue, no externa sino esencialmente, á la interdiccion de la inhabilitacion, es la materia sobre que recaen una y otra. Esta segunda afecta á los cargos ó destinos que desempeñan, y á los derechos políticos que corresponden ó pueden corresponder á los delincuentes. La primera alcanza sólo á derechos civiles, y no por cierto á todos los de este carácter, sino á los que ha cuidado de expresar el artículo que examinamos.

5. Porque es necesario observar aquí, que siguiendo el sistema que proponíamos nosotros al tratar de las inhabilitaciones, no se ha contentado ó no ha querido limitarse la ley en este punto al uso de una fórmula general, bajo la que se comprendieran los derechos sujetos á interdiccion. Por el contrario, los ha expresado, y creemos que en hacerlo así se ha conducido con sumo acierto.

6. Los derechos civiles de que se priva al penado por la interdiccion son los siguientes: 1.°, el de patria potestad; 2.°, el de autoridad marital; 3.°, el de la administracion y disposicion de sus bienes por acto entre vivos.—Ningun otro cabe en la idéa de la interdiccion; áun entre éstos, la ley puede limitar á dos ó á uno sólo el efecto de la pena.

7. Tal es por lo ménos la idéa que arroja naturalmente este artículo 41. Sin embargo, el 374 del mismo Código señala como pena accesoria de ciertos delitos la *interdiccion* del derecho de ejercer la tutela y la de pertenecer al consejo de familia.—¿No constituye esto una contradiccion con la doctrina del presente artículo? ¿No la hay en que aquí sólo se señalan tres efectos como posibles de esta pena, y que allí encontremos otros dos nuevos?

8. Si no fuese por la palabra *interdiccion*, de que usa el expresado artículo 374, ninguna dificultad hallaríamos en lo respectivo á la tutela de que habla. El derecho de desempeñar ésta nos ha parecido siempre más político que civil, como que estimamos una funcion pública la que desempeña quien de ella está encargado. Mas la verdad es que la pérdida de derechos políticos no se llama en el Código *interdiccion*, sino *inhabilitacion;* que aquella palabra es la técnica para los derechos civiles, y que usándola la ley en aquel artículo, ha calificado entre éstos al de que tratamos.

9. Por otra parte, la concurrencia al consejo de familia tambien nos parece, sin ningun género de duda, no corresponder al órden político, sino al civil.

10. Francamente, pues, lo confesamos: entre el art. 41 y el 374 encontramos una oposicion que no sabemos explicar de un modo satisfactorio. Lo que nos parecia más aceptable, es dar á la palabra *limitar*, que se encuentra en el segundo período del 41, una inteligencia algo libre, y no muy propia. Si *limitar* en aquel punto significase *señalar*, *definir*, entónces tendríamos que los efectos comunes de la interdiccion serian los allí expresados, pero que en casos especiales podria la ley determinar otros distintos. A la verdad que *limitar* no es ésto, sino lo que hemos indicado más arriba; pero, si no se entiende de eso modo, volvemos á decir que no sabemos explicar la *antimonia* que evidentemente aparece.

II.

11. Reducida la pena de interdiccion civil á lo que la reduce nuestra nueva ley, la razon y la ciencia pueden fácilmente admitirla. Si la una y la otra han clamado y claman contra una pena del mismo órden, que tienen y emplean algunos otros pueblos, es necesario considerar que entre la nuestra y esa otra á que nos referimos, la distancia es poco ménos que incomensurable. Verdad es que la una y la otra se ejercen sobre derechos civiles; pero eso es lo único en que se parecen la interdiccion y la *muerte civil*, y la esfera de esos derechos es bastante lata para que en ella puedan caber la justicia y la injusticia.

12. En la muerte civil han querido aplicarse al hombre vivo *todas* las consecuencias legales de la muerte natural. Aquel ser, que todavía existe, que puede existir por muchos años, no tiene ya lazo alguno que lo una con sus semejantes. Ya no es hijo, ya no es padre, ya no es esposo, ya no puede adquirir bienes, ya no puede disponer de los que ántes tuviera. Vive, si aquella es vida; pero vive ajeno, no sólo á la sociedad, sino á la naturaleza humana. Todo, absolutamente todo, en el órden del derecho, ha concluido para él.

13. Volvemos á decir que comprendemos las censuras de que ha sido objeto una pena semejante.

14. Pero nuestra ley no atribuye tales efectos á la interdiccion. El que está sujeto á ella puede adquirir, por los medios reconocidos y comunes; puede disponer de sus bienes por testamento ó última voluntad; puede contraer lazos de familia, que si se aflojan bajo ciertos aspectos, subsisten en todos los restantes. No es una pena ciega y de ódio, es una pena reflexiva y de cálculo, la que en este particular adopta nuestra ley.

15. Y esto se verá con más evidencia cuando lleguemos á los casos en que se aplica. Entónces se advertirá que las pérdidas de derechos en que consiste, son naturales, son análogas, son justas, habida proporcion y comparacion á lo que se trata de penar. Aun rigorosamente hablando, más que un castigo impuesto á criminales, significan estas pe-

nas una proteccion dispensada á inocentes. Cuando se quita á un padre de familia la potestad marital ó paterna, nunca está animada la ley del propósito de dañarle, sino del de hacer bien á su mujer ó á sus hijos. Cuando se priva de la libre disposicion de sus bienes, *inter vivos*, á un condenado, es por salvar esos bienes, y dejarlos en reserva para los que despues deben haberlo. Lo mismo decimos de la prohibicion del derecho de tutela y de la exclusion del consejo de familia. En todo se ve un deseo de proteccion, más bien que un intento de castigo: precisamente lo contrario de lo que inspira la *muerte civil*. Por eso, nosotros, que hemos estigmatizado á ésta (1), aprobamos y defendemos la interdiccion, bien entendida y aplicada.

Artículo 42.

«La sujecion á la vigilancia de la autoridad pública produce en el penado las obligaciones siguientes:

»1.ª Fijar su domicilio, y dar cuenta de él á la autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia, no pudiendo cambiarlo sin conocimiento y permiso de la misma autoridad, dado por escrito.

»2.ª Observar las reglas de inspeccion que aquella le prefije.

»3.ª Adoptar oficio, arte, industria ó profesion, si no tuviese medios propios y conocidos de subsistencia.

»Siempre que un penado quede bajo la vigilancia de la autoridad, se dará de ello cuenta al Gobierno.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art. 44*, reformado en 1832. *El efecto de la sujecion á la vigilancia de la policía, será el de conferir al Gobierno el derecho de señalar ciertos lugares, en los que no podrá presentarse el penado, despues de haber padecido su condena. Deberá asimismo declarar éste ántes de ser puesto en libertad, cuál es el punto en que quiere residir; y recibirá una hoja de ruta, señalándole el itinerario, del que no podrá separarse, y la duracion de sus detenciones en cada pueblo. Llegado á su destino, tendrá obligacion de presentarse dentro de las veinte y cuatro horas al* maire *de la*

---

(1) Estudios de derecho penal. Leccion XIX.

localidad. No podrá cambiar de residencia, sin indicar tres dias ántes á aquel funcionario el punto donde se propone fijarla, y sin haber recibido de él una nueva hoja de ruta.

Art. 45, reformado en 1832. *En caso de desobediencia á las disposiciones del artículo precedente, el individuo sujeto á la vigilancia de la alta policía será condenado correccionalmente á una prision que no podrá exceder de cinco años.*

Cód. napol.—*Art.* 33. *Toda persona puesta á disposicion de la policía, deberá, segun dispongan los reglamentos, probar á fin de cada mes que ejerce un arte ú oficio.*

Todo el que no haga esta prueba, será trasladado bajo las órdenes de la policía, del punto en que se hallaba, ó confinado á una localidad especial del reino, para ser empleado en el ejercicio de un arte ú oficio, segun los reglamentos, por todo el tiempo de la condena. Podrá, sin embargo, salir de él:

1.° *Si se somete á dar la garantía de que habla el art.* 31.

2.° *Si la municipalidad de su distrito lo reclama por medio de un acta pública, cuya legitimidad y libre voto reconozca la misma policía.*

En el segundo caso, tendrá de nuevo el penado la obligacion de probar cada mes que se ocupa en un arte ú oficio.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 78. *El reo á quien se imponga la sujecion á la vigilancia especial de las autoridades, tendrá obligacion de dar cuenta de su habitacion y modo de vivir á la autoridad local, y de presentársela personalmente en los períodos que ésta le prevenga: la cual podrá exigirle fianza de buena conducta, cuando ésta se hiciere sospechosa, y si no la diere, confinarlo en un pueblo ó en parte de él donde pueda trabajar, y arrestarlo por el tiempo que crea conveniente, pero sin excederse nunca del término señalado á la sujecion del reo bajo la vigilancia de la misma autoridad.*

COMENTARIO.

1. Ninguna pena, de las que contiene la escala general de todas, lleva más que la presente el sello correccional en el sentido comun de esta palabra. Como se ha visto en su definicion, casi pudiéramos llamarla un derecho de tutela concedido á las autoridades, sobre los que se hicieron reos de ciertos delitos. Bien sea que éstos fuesen leves, bien que su

gravedad se haya expiado con más duros castigos, la ley entiende que es necesario tomar precauciones con algun individuo, ora para impedirle que se dañe, volviendo á caer en sus hierros, ora para garantizar á la sociedad de los males que podrian traerla estos yerros mismos.

2. No hay necesidad de repetir que esta pena es principal y no es accesoria. Basta recordar el artículo 24. Sin embargo, posee una circunstancia que la hace semejante á estas últimas: si no acompaña á otras como accesorias á ellas, suele llegar ó principiar despues, cuando esas otras han concluido. Rara vez se la empleará como única; de ordinario es *complementaria*. Despues que el reo concluyó su reclusion ó su cadena, entónces queda sujeto á la vigilancia de la autoridad pública.

3. Las consecuencias de esta pena son: 1.ª, limitacion de la libertad, en punto de residencia ó domicilio. Hay que dar parte á la expresada autoridad del que se elige, y no se puede variar sin su noticia y consentimiento. Conocimiento y permiso, dice la ley.

4. Mas este permiso, pedido que sea, ¿puede acaso negarlo la autoridad? No lo creemos. Eso sería convertir esa pena en otra superior: en la de destierro, si no se dejaba al penado ir á cierto punto; en la de confinamiento, si no se le dejaba salir de aquel donde se hallaba. Sépase, pues, que si él debe pedir permiso á la autoridad para cambiar de domicilio, ésta debe concedérselo sin dificultad alguna. Lo que puede y ha de hacer es señalarle la ruta de marcha, y dar conocimiento de ésta á la autoridad del punto á donde se dirija.

5. Segunda consecuencia: sujecion á las reglas prudenciales que le imponga la misma autoridad, como presentarse á ella, por ejemplo, en determinados dias, ó algo semejante. Reglas de inspeccion, dice el artículo, y esas palabras dan á entender la naturaleza de lo que puede imponérsele. Nada de caprichoso, nada de lujosamente vejatorio; lo que sea necesario ú oportuno para asegurarse de su tranquila presencia, y ninguna otra cosa más. La autoridad que de esto se excediese, cometería un abuso de poder, y áun podria llegar el caso de que incurriera en un verdadero delito, reconocido tal por la ley, segun los preceptos que fijará más adelante.

6. Pero, ¿cuál es la autoridad de que se habla en este artículo? ¿Es una autoridad especial, ó lo es cualquiera, ó lo son todas?

7. En el dia, no es ni puede ser otra que la autoridad administrativa. La judicial termina sus funciones luego que dicta la condena, y entrega el reo á las encargadas en la ejecucion. Quizá deberá sufrir algunas modificaciones todo lo tocante á la policía judicial, y habrá de aumentarse en ésta la accion ó la intervencion del Ministerio público. Entónces será como entónces. En el dia, toda esta parte corresponde á los gobiernos políticos y á los alcaldes de los pueblos.

8. Tercera consecuencia: la necesidad de adoptar oficio, arte, profesion ó industria, si no tuviere medios conocidos de subsistencia. Debe suponerse que es una obligacion especial, una obligacion más estrecha,

que las que tienen todos los individuos, penados y no penados, de seguir ese camino, so pena de incurrir en la condicion de la vagancia.

9. Pero ¿y si no lo hacen? ¿Y si no escogen ese oficio ó esa profesion? ¿Y si no se prestan á las disposiciones de la autoridad para ser inspeccionados? ¿Y si cambian de domicilio sin obtener el permiso de la misma? ¿Qué es lo que en semejantes casos ha de hacerse? ¿Cuáles son las sanciones de todos estos preceptos? El artículo no las trae, y las deberia trer; porque ¿qué es lo que entónces ha de hacerse?

20. El del código francés, que hemos copiado en las Concordancias, no se ha detenido en establecerlas: el napolitano tambien las incluye. Repetimos que el nuestro hubiera debido declararlas aquí, declarar las expresamente, sin dejarnos en la necesidad de ir á buscarlas á otro punto, y por inducciones más ó ménos aventuradas.—Lo decimos con sinceridad: en la materia de que tratamos, la disposicion del código francés nos parece en general más práctica y más completa (1).

Artículo 43.

«La pena de caucion produce en el penado la obligacion de presentar un fiador abonado, que responda de que aquel no ejecutará el mal que se trate de precaver, y se obligue á satisfacer, si lo causare, la cantidad que haya fijado el tribunal en la sentencia.

»El tribunal determinará, segun su prudente arbitrio, la duracion de la fianza.

»Si no la diere el penado, incurrirá en la pena de arresto menor.»

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—*Art.* 34. *La pena de garantía obligará al sentenciado á dar fianza de buena conducta, por un tiempo que no baje de tres ni exceda de diez años.*

La cantidad que se exija para la fianza nó podrá bajar de cien ducados,

---

(1) Véase la Real órden circular sobre esta materia, dictada por el Ministerio de la Gobernacion en 28 de Noviembre de 1849, y que insertamos en los Apéndices de este Comentario.

ni exceder de cinco mil; y esta suma no podrá hacerse efectiva sino en el caso de que el reo, durante el tiempo de la garantía, haya sido condenado por crímen ó delito.

Las cantidades que se hagan efectivas serán aplicadas con preferencia á la reparacion del daño, y á la indemnizacion de los perjuicios é intereses causados por el nuevo crímen ó delito.

Art. 32. Si el sentenciado no puede dar la fianza prevenida en el artículo precedente, será puesto á disposicion de la policía.

Art. 43. Los tribunales en quienes resida la jurisdicion correccional y de policía podrán tambien exigir de las partes cauciones y obligacianes para el sostenimiento del órden público y de su seguridad recíproca.

El importe de las fianzas en estos casos no podrá bajar ni exceder de la suma fijada para las multas por los artículos 30 y 39, sagun las diferentes jurisdicciones.

Asimismo, se podrá en caso de transgresion añadir á esas obligaciones la pena del primer grado del destierro correccional, del confinamiento ó del arresto en el domicilio, segun las diferentes jurisdicciones.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 79. El que por sentencia ó por disposicion de la ley deba dar fianza de que observará buena conducta, tendrá la obligacion de presentar un fiador abonado, á satisfaccion de la atoridad local respectiva. El fiador sará responsable con sus bienes de todo delito ó culpa que cometa el fiado dentro del término de la fianza. Si el reo no hallase fiador, podrá ser confinado ó arrestado donde pueda trabajar, por un tiempo que no pase de la mitad del señalado al afianzamiento.*

COMENTARIO.

1. La caucion es la pena natural de los delitos que consisten en amenazas. Puede usarse tambien en los de tentativa, cuando no es de hechos graves, y en otros que fácilmente se conciben; pero en aquellas es en los que tiene completa eficacia y singular analogía. De Inglaterra, donde es sumamente usada, se ha trasmitido como otras muchas idéas al continente; y nuestro Código ha hecho muy bien en tomarla sin ningun reparo, y en darla un estimable lugar entre sus disposiciones.

2. La caucion, lo mismo que la multa, es una pena comun (art. 23) á las tres clases de aflictivas, correccionales, y leves. No teniendo límites ni en su duracion ni su cantidad, que se dejan completamente á la

prudencia de los tribunales, es fuera de duda que puede corresponder á todas aquellas tres categorías. Una caucion sumamente cuantiosa podrá y deberá estimarse pena aflictiva; una mediana, pena correccional; una corta, pena leve.

3. Mas esta confianza que dispensa la ley á los administradores de la justicia, no es una concesion, no es un permiso para que se abandonen á caprichosas arbitrariedades. El sentido práctico y comun los debe guiar en las aplicaciones de este género: la teoría puede inspirarles algunos principios.

4. En la caucion, como en toda pena pecuniaria, es muy necesario atender á la posibilidad ó fortuna de los delincuentes. En ninguna otra, una igualdad aparente ó externa significaria una desigualdad tan verdadera y efectiva. Cien duros puede ser todo el capital de un pobre, cuando una persona no muy rica los tira frecuentemente por capricho. Diez mil reales pueden no tener la importancia para tal procesado, que tenga para otro una simple peseta. Y ésta, que es la razon de no fijar la ley límite alguno, debe ser tambien una advertencia contínua para las resoluciones de los tribunales. Como lo olviden y descuiden un momento solo, sus fallos de este género no serán más que absurdos ó loterías.

5. Sin embargo, ni la duracion ni la cantidad pueden pasar nunca de ciertos límites. Si estos quisieran forzarse, resultaria que no se diesen las cauciones, y habria que caer en lo que de ellos es supletorio, á saber, el arresto menor. Por más que éste sea repugnante de sufrir, cuando se nos pida una garantía desproporcionada á nuestros medios, no tendrémos otro recurso que el de resignarnos á aquella pena.

6. Aquí puede ocurrirnos una dificultad contra la lógica de la ley.

7. Hemos dicho, refiriéndonos al artículo 24, que la caucion es una pena comun á las tres clases de aflictivas, correccionales y leves. Es ella, pues, segun las circunstancias de su aplicacion, segun el plazo á que se extienda, segun la suma que afiance, segun el delito porque recaiga,—es ella, decimos, leve, correccional, ó aflictiva, de por sí. Pues bien: cuando este artículo trata de señalar otra que la sustituya, en los casos en que los obligados á prestarla no la presten, señala únicamente para tal destino el arresto menor. Siendo éste una pena leve, y nada más, tenemos que una pena leve puede sustituir á otra que sea, no sólo correccional, sino tambien aflictiva. ¿No es esto ilógico? ¿no es esto contradictorio?

8. Á nuestro modo de ver, lo es, sin ningun género de duda. A una pena aflictiva, en el caso de no poder realizarse, debia reemplazar otra pena aflictiva; á una pena correccional, otra pena correccional: nunca, á aquellas, una pena leve.

9. En nuestro concepto, el último párrafo del artículo deberia decir: «Si no la diere el penado, incurrirá respectivamente en las penas de confinamiento menor, arresto mayor, ó arresto menor, segun que la

caucion decretada tuviere el carácter de aflictiva, de correccional ó de leve, que por el artículo 24 le corresponden.»

10. Si la ley no osaba esto, si no creia que en realidad pudiese haber á la caucion otra equivalencia que la de arresto menor, entónces ha hecho mal en declararla de las tres categorías, y debió extender de otro modo su artículo 24.

Artículo 44.

«Los sentenciados á las penas de inhabilitacion para cargos públicos, derechos polílicos, profesion ú oficio, perpétua ó temporalmente, pueden ser rehabilitados en la forma que determine la ley, salvo lo dispuesto en el artículo 29 para los casos de que en él se trata.»

Artículo 45.

«La gracia de indulto no produce la rehabilitacion para el ejercicio de los cargos públicos y derechos políticos, ni exime de la sujecion á la vigilancia de la autoridad, si en el indulto no se concediere especialmente la rehabilitacion ó exencion en la forma que se prescriba en el Código de procedimientos.»

COMENTARIO.

1. Estos dos artículos comprenden varios principios, cuyas aplicaciones no corresponden á este Código, pero cuya enunciacion no se encontraba en él fuera de su lugar. Hélos aquí:

2. Primero. Los sentenciados á las diferentes penas de inhabilitacion pueden ser oportuna y convenientemente rehabilitados.

3. Segundo. Cuando la inhabilitacion se ha producido por degradacion ó argolla, la rehabilitacion no puede verificarse sino en virtud de una ley, como se dijo en el artículo 29.

4. Tercero. La forma de la rehabilitacion ha de ser determinada por la ley.—Hasta ahora no lo está. Ninguna nuestra, ni moderna ni antigua, ha fijado este punto. Es, pues, urgente que se determine; y el Código

de procedimientos, al que naturalmente corresponde, no debe descuidarlo un instante sólo. Entre tanto no se verifica así, nos falta la fórmula debida de la rehabilitacion.

5. Cuarto. El indulto simple no lo es.—El indulto por una medida ordinaria y no especial, ni se liberta de aquellas penas, ordinariamente accesorias, ni de la complementaria de sujecion á la vigilancia de los tribunales.

6. Quinto. Pero en los indultos por otros delitos se puede especialmente conceder la rehabilitacion ó exencion que acaban de indicarse. La forma que han de tener en este caso, tambien se remite y encarga aquí al Código de procedimientos.

7.º ¿Quiere decir esto último que en tanto que ese Código no se publique habrémos de permanecer sin ese género de indulto?—De ningun modo. La facultad de conceder éstos es una de las que las leyes han de regular, segun previene la Constitucion; pero no por eso, mientras no la regule, ha de carecer el Soberano de tan importante prerogativa. Sin el poder de conmutar y perdonar las penas, la justicia criminal es una terrible, espantosa institucion. Así ha sucedido con ese poder lo que con todos los que son necesarios: proclamado el principio, existieron desde luego; y á falta de leyes regulares, los ordenó el buen sentido con una especie de jurisprudencia. Los indultos se han verificado y se verifican todos los dias; y cuando son bastante ámplios y generosos nos ofrecen el único medio actual de rehabilitarnos.

8. Mas esto, repetimos, no debe hacernos detener en el camino trazado por la ley. En los presentes artículos tenemos fijadas la bases: urge que por los medios regulares reciban su aplicacion y complemento.

Artículo 46.

«En todos los casos en que segun derecho procede la condenacion de costas, se hará tambien la de los gastos ocasionados por el juicio á que se refieren aquellas.»

Artículo 47.

«La tasacion de costas comprenderá únicamente el abono de derechos é indemnizaciones que consistan en cantidades fijas é inalterables por hallarse anticipadamente determinadas por las leyes, decretos ó reales órdenes: las indemnizaciones y

derechos que no se hallen en este caso corresponden á los gastos del juicio.

»El importe de estos se fijará por el tribunal, prévia audiencia de parte.

»Los honorarios de los promotores fiscales se comprenderán en los gastos del juicio, mientras la ley no establezca otra cosa sobre la forma de dotacion de estos funcionarios (1).»

COMENTARIO.

1. Las dos últimas penas de la clase de las accesorias que señala el artículo 24 en la escala general, lo son el resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio, y las costas procesales causadas en éste.—Penas pueden efectivamente ser lo uno y lo otro, pues que entrambos son males que caerán sobre nuestra fortuna ó nuestros bienes; y justa y natural es en principio su imposicion, como el buen sentido reclama que quien ha perpetrado el delito padezca por sí, y no haga padecer á otro tales consecuencias.

2. Mas adviértase nuevamente que la ley califica estas penas de accesorias. No son, pues, no pueden ser nunca principales. Han de ir unidas con otros castigos, y no pueden recaer cuando esos otros no recaigan. La antigua práctica que condenaba sólo en costas, *por el justo modo de proceder*, es una práctica abolida por nuestra nueva ley. Tal condenacion no puede recaer en adelante sino al lado, y como complemento de una pena principal.

3. Pero ¿qué puede comprender el resarcimiento de los gastos? ¿qué se encierra en esa expresion *costas procesales?*—Estos dos artículos se han redactado con ese único fin: la ley ha estimado que debia decirlo claramente, y no dejar en ello ninguna duda. Siendo penas como las declara, sus definiciones debian hallarse en el Código penal.

---

(1) Los artículos 46 y 47 estaban primitivamente de este modo:

«Art. 46. En los gastos ocasionados por el juicio se comprenden todos aquellos que la parte haya tenido que hacer pagar para sostener sus derechos, inclusos los honorarios del abogado.—El tribunal, en vista de la cuenta que presenta la parte, fijará la cantidad de que debe responder el condenado.

»Art. 47. En las costas procesales se comprenderán únicamente el reintegro del papel sellado, los derechos que los aranceles señalan á los empleados que intervienen en los juicios, los honorarios de los peritos, y las indemnizaciones de testigos cuando la ley las conceda.»

Pareciendo que esta redaccion daba lugar á dudas, se adoptó la presente en la reforma de 1850. Nosotros creemos que ninguna es perfecta, y que la segunda necesita tambien de la primera para completarse; advirtiendo que no se trató de derogarla, sino de aclararla.

4. El resarcimiento de los gastos es la indemnizacion, al dañado por el delito, de los que él hubiese hecho para perseguir al criminal.

5. ¿No lo será tambien la indemnizacion, por las demás pérdidas que el mismo delito le hubiese traido, por los desembolsos que le hubiesen acarreado sus consecuencias? ¿No lo será tambien el valor de lo incendiado, en un incendio, la curacion en una herida, los jornales perdidos en este ú otros casos semejantes?

6. La ley no lo ha estimado así: la ley no incluye semejantes reparaciones en las penas: la ley consigna tales obligaciones en la esfera de la responsabilidad civil, de la cual ya hemos dicho una palabra, y de la que hablarémos con más extension en los artículos 115 y siguientes. Esas indemnizaciones que inquiríamos, ciertamente se realizarán; pero no por estos artículos que examinamos ahora, y en los cuales vamos recorriendo los efectos de las responsabilidades criminales.

7. Tal es— volvemos á decir—la doctrina de la ley. Quizá nosotros redactando esta materia, no la habríamos completamente adoptado. Concediendo que el pago de costas sea un apéndice de la responsabilidad penal, habríamos juzgado más oportuno hacer el resarcimiento de los gastos judiciales un apéndice de la responsabilidad civil.

8. Explicarémos más nuestra idéa. Las cantidades á que ascienda el procedimiento de oficio, el procedimiento por el Ministerio público, el procedimiento verdaderamente criminal, nos parecen á nosotros un accesorio de este mismo procedimiento. Las cantidades á que ascienda ó que se hayan empleado en el procedimiento á instancia de parte, como que tal instancia no se dirige sino á la responsabilidad civil, nos parecen un accesorio de esta misma. Así, las costas deberian hallarse como pena en el art. 24 y en este lugar: el resarcimiento de que habla el 46 deberia dejarse para aquel otro punto, en que la expresada responsabilidad civil encuentra sus naturales explicaciones.

9. Pero estos son escrúpulos teóricos más que otra cosa. Lo importante es que ese resarcimiento, que ese pago de costas, son consecuencias legales del delito. No hagamos un crímen á nuestro Código de haber descuidado el órden y el arte alguna vez: si censura merece, es quizá por haberlos empleado con exceso. Ninguna necesidad hay de que las leyes puedan disecarse como un cadáver.

10. Una novedad sin antecedentes entre nosotros, pero de todo punto racional y útil, se adoptó por la primer redaccion del artículo 47, como principio en este particular de las costas procesales. Tal es la indemnizacion á los testigos por la molestia y pérdidas que se les causa con hacerles ir al tribunal. Ya en el dia tales molestias y pérdidas son algunas veces apreciables; pero lo serán mucho más, y se elevarán á muy altas proporciones, adoptándose, como no puede ménos de suceder, el sistema oral, para el seguimiento de los procesos. Entónces las indemnizaciones serán absolutamente necesarias. Y si bueno es que las satisfaga el Estado, cuando no se encuentre medio de hacerlas efecti-

vas, bueno es, y áun mejor, asimismo, que las satisfaga el reo, con las demás costas, siempre que tuviese medios para su satisfaccion.

11. Este precepto, por ahora, no era más que preventivo, y la nueva redaccion no lo ha conservado expresamente. No entendemos, sin embargo, que esté abandonada la idéa, porque seria un retroceso visible. Cuando la ley las conceda (las indemnizaciones) decia el Código, lo cual comprende dos cosas: primera, que las ha de conceder; segunda, que no las ha concedido todavía. El lugar de esta innovacion es el Código de procedimientos, y estamos persuadidos de que allí no se olvidará.

Artículo 48.

«En el caso de que los bienes del culpable no sean bastantes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas por el órden siguiente:

»1.° La reparacion del daño causado é indemnizacion de perjuicios.

»2.° El resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio.

»3.° Las costas procesales.

»4.° La multa.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 54. *En caso de concurrencia de la multa ó de la confiscacion con la restitucion y la indemnizacion de daños y perjuicios, y de que no sean suficientes los bienes del sentenciado, obtendrán la preferencia estas últimas condenas.*

Cód. brasil.—*Art.* 30. *La satisfaccion completa del ofendido será siempre preferida al pago de las multas, para cuya realizacion quedan hipotecados los bienes de los delincuentes, segun se previene en el art.* 27.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 95. *Si el reo ó reos, ó los que deban responder por ellos, no tuviesen bastantes bienes para pagar toda la condenacion pecuniaria, se aplicará el importe de lo que tengan hasta donde alcance, en el órden siguiente: 1.º, para el resarcimiento é indemnizacion de perjuicios á quienes los hayan sufrido, y para reintegrar el importe de los alimentos que se hubiesen suministrado al reo, á prorata de los bienes que tenga; 2.º, para el pago de costas; 3.º, para el de las multas.*

COMENTARIO.

1. El presente artículo se redactó primitivamente de otro modo. El órden que por él se establecia era el siguiente: 1.º, reparacion del daño é indemnizacion de perjuicios; 2.º, la multa; 3.º, el resarcimiento de gastos y las costas procesales.—En vista de ello, escribimos el siguiente Comentario, que queremos copiar íntegramente.

2. «No estamos de acuerdo con el órden de preferencia establecido en este artículo. Acatamos y obedeceremos su disposicion; pero á estar en nuestra mano, la habríamos hecho de otra suerte. Ni habríamos preferido la multa á los gastos y costas procesales, ni habríamos puesto estos dos capítulos en la misma línea, lo cual significa necesariamente igualdad de derecho, repartimiento á prorata.

3. »Nuestro sistema habria sido el siguiente: 1.º La reparacion del daño é indemnizacion de los perjuicios. 2.º El resarcimiento de gastos judiciales. 3.º La satisfaccion de costas. 4.º La de la multa.

4. »Las razones de este proceder habrian sido óbvias. Ante todo mereceria nuestro interés el damnificado por el delito: en segundo lugar, los particulares, que habrian invertido su trabajo en la causa; en tercero, el Estado, el fisco, cuyo interés consistia en la penalidad sola. —Este es el sistema de la ley francesa, el de la brasileña, y el de la nuestra de 1822: éste es ciertamente el de la justicia. Concebimos que se haya temido fomentar la prolongacion de los procesos; pero ese mal es necesario combatirlo de otro modo, y por recursos que no tengan los inconvenientes del artículo que examinamos.»

5. Nuestras razones debieron parecer de algun peso, y la reforma de 1850 corrigió el artículo de la manera que en ellas se expresaba.

Artículo 49.

«Si el sentenciado no tuviese bienes para satisfacer las responsabilidades pecuniarias comprendidas en los *números* 1.°, 2.° y 4.° del artículo anterior, en que se le condenare, sufrirá la prision correccional por vía de sustitucion ó apremio, regulándose á medio duro por dia de prision, pero sin que ésta pueda exceder nunca de dos años.

»El sentenciado á pena de cuatro años de prision ú otra más grave, sufrirá este apremio.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 52. *La ejecucion de las penas de multa, indemnizacion de daños y perjuicios, y pago de gastos, podrá ser intentada por medio del apremio personal* (contrainte par corps).

Art. 53. *Cuando se hayan impuesto multas ó indemnizaciones en provecho del Estado, si, terminada la pena aflictiva ó infamante, ha durado un año entero la prisioa del reo para el abono de sus responsabilidades pecuniarias, podrá obtener su libertad provisional, en virtud de pruebas que justifiquen su insolvencia absoluta.*

El plazo de la prision será de diez meses, tratándose de un delito; salvo en todos los casos el volver al apremio personal, si adquiere el reo por algun medio posibilidad de satisfacer su condena.

Cód. napol.—*Art.* 48. *La ejecucion de las penas de multa, restituciones, indemnizaciones de daños é intereses, y de garantía* (caucion), *se verificará por medio del apremio personal.*

Art. 49. *En los casos de pago de multa ó de gastos en beneficio del Estado, el sentenciado á quien se haya constituido en prision, á virtud de lo dispuesto en el artículo precedente, será puesto en libertad si con arreglo á los reglamentos vigentes prueba su absoluta imposibilidad de pagar, salva siempre la accion, si adquiere algun medio de solvencia.*

Cód. brasil.—*Art. 32. Siempre que los delincuentes no tengan medio de dar la* satisfaccion *en los ocho dias que le señalan, serán condenados á la prision con trabajo, por todo el tiempo necesario para desquitar su valor.*

Esta condena quedará sin efecto cuando el delincuente pague por sí ó por medio de otro, ó dé una fianza abonada ó el ofendido se declare satisfecho.

Art. 57. Los sentenciados que no tengan medios de pagar las multas, serán condenados á la prision con trabajo, por todo el tiempo que se necesite para ganar su importe.

En este caso es aplicable lo dispuesto en el art. 32.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 94. El que esté constituido en absoluta insolvencia no será molestado en su persona por las costas. Por lo relativo al resarcimiento de daños é indemnizacion de perjuicios que hubiese causado, podrá el reo insolvente, despues que sufra la pena principal, y en el caso de que no se conviniere con el acreedor, ser puesto en un arresto, donde pueda trabajar hasta que pague; pero este arresto no podrá pasar nunca de dos años.*

COMENTARIO.

1. En ningun país de la moderna Europa se ha hecho ménos uso que entre nosotros de la prision como apremio. En los negocios civiles, en los que se empleó algo antiguamente, la tenemos abolida del todo ó casi del todo, por la célebre Pragmática, cuya aplicacion ha sido aún más extensa que sus disposiciones. En el órden criminal, es sabido que sólo tuviéramos confusion y anarquía en esta parte. Por costas era expreso en la Nov. Recop. que no se podia dilatar la soltura de los procesados. Por reparaciones, no creemos que la prision se haya empleado nunca. En sustitucion ó alternativa de la multa, los tribunales lo han solido hacer, valiéndose de su conocida arbitrariedad, y experimentando por ellas repetidas veces graves censuras del Gobierno.—La verdad es que en medio de lo desordenado de nuestra jurisprudencia, esta materia podia quizá señalarse como la más desordenada de todas.

2. Era pues, obligacion del Código el establecer sobre ellas reglas aceptables. Era un deber suyo examinar la teoría del *apremio*, para admitirla hasta donde fuese racional y justo.

3. A nosotros nos parece, tomada en globo la cuestion, que ha estado oportuno y prudente el artículo que examinamos. Dispútese en buen

hora sobre la conveniencia ó inconveniencia de la prision por deudas civiles; pero por deudas que proceden de delito, creemos sinceramente que no puede disputarse. Si consisten en reparaciones debidas, su carácter exige que se busquen todos los medios morales para que sean satisfechas y pagadas: si consisten en multas, en verdaderas penas, no hay ninguna razon para que deje de padecer lo que sea posible, quien se hizo merecedor de ella por el delito. La expiacion y el ejemplo que no se verifican de un modo, es menester que de otro se lleven á cabo. —Bastante hace la ley en no conocer este apremio ó esta sustitucion, cuando sólo se trata de costas ó de gastos judiciales. En ello ha seguido nuestra costumbre, y tambien se lo aprobamos.

4. Dos cosas no nos parecen satisfactorias en este artículo. La primera el tipo de la sustitucion—un dia de prision por cada medio duro, —el cual se nos figura demasiadamente severo: la segunda, que el apremio ó la sustitucion consista en *prision correccional*, y no en otra cosa.

5. En cuanto á aquel tipo, advertimos ciertamente la razon de la ley. Siendo medio duro la multa menor que señala el Código, se le ha querido proporcionar con la menor detencion posible, que debe ser la de un dia. Está ciertamente bien en el punto de los dos límites. Pero no vemos la necesidad de que las escalas hubiesen adelantado en progresion geométrica. La de la multa pudo haber crecido más, y ménos comparativamente la de la detencion. En verdad que un arresto de dos dias es mayor de positivo respecto al de uno, que un duro es mayor respecto á medio. Las penas no son números solamente; y su intensidad no se aumenta en proporcion, así de las unas como de las otras. Las propiedades de la cantidad abstracta no se encuentran siempre en los hechos morales, en los que afectan nuestra sensibilidad.

6. Pero ésta es sólo una cuestion de prudencia y de sentimiento; la otra que hemos enunciado lo es de legalidad, lo es de consecuencia.

7. ¿Por qué, preguntamos, la detencion que sustituye á la multa ha de ser siempre *prision correccional?* ¿Por qué no ha de ser *arresto menor*, *arresto mayor*, *prision correccional*, segun las circunstancias, ó bien ninguna de estas tres penas—si fuera posible,—sino una detencion especial y pura?

8. La prision *correccional* es una pena de esta categoría, y la multa es una pena de todas las de la escala. ¿Cómo una pena correccional ha de sustituir á la que en aquel caso puede serlo leve? Decimos aquí otra vez lo que hemos dicho hablando de la caucion, y áun lo decimos con más fundamento: porque al cabo puede comprenderse que una pena menor supla á penas mayores; pero lo contrario repugna á todos los principios, y no puede ser, no puede admitirse. La multa—pena leve —no puede ser reemplazada por la prision correccional.

9. Mas áun prescindiendo de lo que acabamos de decir, áun considerando sólo la cuestion bajo el aspecto práctico, lo que prefija y dispo-

ne la ley ha de ser en muchos casos imposible. La prision correccional es una pena que dura de siete meses á tres años (art. 26). ¿Cómo, pues, ha de ser ella la que se aplique en sustitucion de una multa, cuando el cómputo de un dia por medio duro nos dé un resultado de ménos de siete meses? Supongamos que la indemnizacion que se haya de hacer ascienda á mil reales, ó sean cincuenta duros. La detencion, segun el tipo de este artículo, será de cien dias. Ahora bien: una detencion de ese plazo no puede ser prision correcional, segun el art. 26. El mínimum de tales prisiones—ya lo hemos dicho—es de doscientos diez dias, que son los siete meses.

10. No ha hecho bien, por consiguiente, la ley, en decir *prision correccional*, palabra técnica, castigo de un solo género y de duracion determinada. Era menester haber evitado los inconvenientes que acaban de señalarse, lo cual se habria conseguido con un renglon más en el artículo 24, ó con un párrafo más en el 26, ó, en fin, con una palabra distinta de la que examinamos ahora.

11. Afortunadamente, si en el terreno de la teoría son irreplicables estos argumentos, en la práctica no puede haber dificultades sérias sobre la ejecucion del artículo. El reo de quien se trata permanecerá privado de su libertad y reducido á prision por tantos dias cuantos sean los medios duros de su condena. Se disputará sobre el nombre, pero no sobre la realidad del castigo.

12. El artículo 49 concluye disponiendo que cuando la pena principal asciende á cuatro años de prision, ó de ahí arriba, no habrá lugar á este personal apremio, que reemplaza á las multas é indemnizaciones. Esta limitacion es justa: pero el principio de donde se deriva es un argumento contra la aglomeracion de penas que en otros artículos se establece. La ley ha querido aquí que en una, que es considerable, se entienda refundida esta otra: quizá habria hecho bien en seguir el mismo sistema en todos los casos semejantes.

SECCION TERCERA.

Penas que llevan consigo otras accesorias.

1. Esta seccion continúa y completa naturalmente á la que precede. Acabamos de ver en aquella los efectos de los castigos, de cada cual de por sí, sin relacion á otros, y ora sean accesorios, ora principales. Fáltanos ver ahora cómo los primeros siguen á los segundos, es decir, qué penas accesorias son la consecuencia de las principales que las producen.

2. Esa relacion de las unas con las otras es el objeto que se propone

la ley en los artículos que vamos á examinar. Va á recorrer la escala desde sus más altos hasta sus menóres grados, y á decir cuáles son las de la segunda clase que corresponden á cada uno de ellos. Porque, como nuestros lectores comprenden bien, no es una facultad de los tribunales el agrupar las penas conformes á su arbitrio; la ley ha establecido la relacion que las enlaza, porque ella sola es á quien correspondia llenar esta importantísima atribucion.—Así vamos marchando, como se ha dicho ántes, á la deficion y al conocimiento completo de la penalidad.

Artículo 50.

«La pena de muerte, cuando no se ejecute por haber sido indultado el reo, lleva consigo la de inhabilitacion absoluta perpétua, y sujecion de aquel á la vigilancia de la autoridad por el tiempo de su vida.»

CONCORDANCIAS.

Cód. austr.—*Art. 23. La sentencia en que se imponga al culpable la pena de muerte, ó la de prision dura ó durísima, produce, además, por causa de la presente ley, los efectos siguientes:*

Si el delincuente forma parte de los Estádos provinciales, de la clase de príncipes, condes, barones ó caballeros, ó si es individuo matriculado de una universidad ó corporacion literaria del Estado, ó un militar que conservando su graduacion ha pasado al servicio civil, semejante cadena lleva consigo siempre la separacion de la matrícula, universidad ó corporacion, y la pérdida de su graduacion militar.

Si el delincuente es noble, la sentencia lleva consigo la privacion de la nobleza y la pérdida personal de todos los derechos que, con arreglo á la constitucion de los Estados, le corresponden como noble. Esta pérdida no se refiere más que á él solo, y no se extiende á su mujer ni á los hijos nacidos ántes de la sentencia.

Desde el dia de la notificacion de la sentencia, y durante el tiempo de la pena, no puede el delincuente obligarse por actos entre vivos, ni disponer de sus bienes por testamento; pero los actos y disposiciones anteriores nada pierden de su validez con motivo de la pena.

COMENTARIO.

1. El indulto que perdona la pena de muerte puede ser de varias clases. Puede ser, primero, una simple conmutacion, rebajando alguno ó algunos grados de la escala. Puede ser, en segundo lugar, una remision de toda pena física. Puede comprender, por último, expresándolo así, aun la rehabilitacion del condenado.

2. En este caso particular, quedará rehabilitado efectivamente: el artículo 45 nos lo ha dicho en terminantes palabras. Pero si no recae esa especial disposicion, la inhabilitacion perpétua y absoluta quedará vigente sobre el reo, con todas sus consecuencias naturales (art. 30). Por eso podemos decir que la muerte lleva como accesoria tal inhabilitacion; pues si bien no tiene ésta lugar, por imposible, cuando aquella se ejecuta, tiénelo, sí, y se lleva cumplidamente á cabo, cuando se perdona.

3. Sobre la justicia de tal disposicion no creemos que puedan suscitarse dudas. El decoro de los cargos públicos exige que no vayan á recaer en cierta clase de personas: la importancia de las prerogativas políticas exige á su vez que no se confien á las que tienen semejantes tachas. Y si se nos dice que tales sentencias pueden haber dejado completamente ileso el honor de los que por una gran injusticia las padecieron, responderémos nosotros que en tales casos habrá recaido el indulto con expresa rehabilitacion, y que entónces no há lugar al entredicho, que, en este artículo, y para los casos comunes, se establece.

4. En cuanto á la sujecion á la vigilancia de la autoridad, tenemos que hacer, una vez por todas, una observacion importante. Si esta pena no es accesoria, como ha establecido la ley en su artículo 24, no debe decir la misma, ni en éste ni en ningun otro, que tales penas la *llevan consigo*. Esta es la fórmula de la accesion. Lo que ha debido y debe decir es que sigue á esas otras, que tiene lugar despues de ella, principia cuando ellas acaban, que es *complementaria*, como hemos expresado en otra parte. Si no fuese ésto, sino que realmente *la llevaran consigo*, entónces habria un defecto en el artículo 24, y la pena en cuestion, siendo alguna vez accesoria, deberia añadirse allí á las de esta clase, como se ha hecho con las de inhabilitacion y suspension.

5. Por lo demás, tambien nos parece muy justo que las autoridades vigilen sobre los indultados, á no serlo por uno de esos indultos completísimos, que más bien suelen y deben llamarse amnistías.

Artículo 51.

«Las penas de argolla y degradacion civil llevan consigo las de inhabilitacion absoluta perpétua, y sujecion á la vigilancia de la autoridad, durante la vida de los penados.»

COMENTARIO.

1. Lo primero que nos cumple respecto á este artículo es censurar la palabra *degradacion civil* de que usa. El artículo 24, tecnología de las penas, llama á la presente sólo *degradacion*. Lo *civil*, pues, está de más. Las leyes han de ser sumamente escrupulosas en el uso de los términos consagrados, definidos, creados tal vez por ellas mismas. Si en obsequio de la brevedad puede consentirse tal vez la omision de un epíteto, ni por *eufonía* ni por ninguna causa se puede consentir la adicion de otro. *Degradacion,* no más, se dijo en el artículo 24, y *degradacion,* sólo debe decirse en el presente.

2. Segunda observacion á que da márgen este artículo. Son aquí dos penas accesorias, nunca principales, las que producen segun él otra pena accesoria, la de inhabilitacion. Puede ésta en otros casos ser principal; mas cuando aquellas existen, siempre que aquellas existen, es consecuencia, es adicion necesaria de su ser.

3. Por lo que respecta á la sujecion, que tambien en este artículo se prefija, repetimos lo que se decia en el precedente. La fórmula con que se establece no es lógica: el precepto es conveniente, oportuno, racional.

4. Una cosa debemos recordar aquí: á saber, que la inhabilitacion de que habla este artículo, la producida por la degradacion ó la argolla, no puede terminar sino por medio de una ley (art. 29). Podemos, pues, decir que son de peor condicion los enargollados ó degradados que los condenados á muerte: á éstos puede rehabilitarlos un indulto, cuando para rehabilitar á los primeros se necesita nada ménos que una ley.— La razon de este hecho, que es inconcuso, la hemos dado en nuestro Comentario al art. 29 que acabamos de citar.

Artículo 52.

«La pena de cadena perpétua lleva consigo las siguientes:

»1.ª Argolla, en el caso de imponerse la pena de cadena perpétua á un co-reo del que haya sido condenado á la pena de muerte por cualquiera de los delitos de traicion, regicidio, parricidio, robo ó muerte alevosa, ó ejecutada por precio, recompensa ó promesa.

»Esta pena no tendrá efecto, cuando el que haya de sufrirla sea ascendiente ó descendiente, cónyuge, hermano del reo sentenciado á muerte, mayor de sesenta años, ó mujer (1).

»2.ª Degradacion, en el caso de que la pena principal de cadena perpétua fuera impuesta á un empleado público por abuso cometido en el ejercicio de su cargo.

»3.ª La interdiccion civil.

»4.ª Inhabilitacion perpétua absoluta.

»5.ª Sujecion á la vigilancia de la autoridad, durante la vida del penado, en el caso de haber obtenido indulto de la pena principal.»

CONCORDANCIAS.

Cód. repet. prael.—*Lib. IX, tít.* 47, *L.* 1.—*Etiam in opus perpetuum damnati non disimilis conditionis sunt ab is qui deportantur in insulam.*

L. 6.—*Incredibile est quod alleges liberum hominem ut vinculis perpetuis contineretur, esse damnatum. Hoc enim vix in sola servili conditione procedere potest.*

L. 11.—*Metalli supplicium tam ad personas liberas quam etiam ad serviles pertinet conditiones.*

Partidas.—*L.* 2, *tít.* 18, *P. IV.*—*Civil muerte es dicha una manera que y ha de pena que fué establecida en las leyes contra aquellos que facen tal*

---

(1) **Este párrafo se ha añadido por la reforma de 1850. Limita el empleo de la argolla, y de consiguiente merece aprobarse.**

yerro por que merescen ser juzgados ó dañados para haberla. E esta muerte atal, que es llamada civil, se departe en dos maneras. La una dellas es como si diesen juycio contra alguno para siempre que labrasse las obras del rey: assi como labores de sus castillos, ó para cavar arena, ó traerla á sus cuestas, ó cavar en las minas de sus metales, ó á servir para siempre á los que han de cavar ó de traer, ó en otras cosas semejantes destas: é este atal es llamado siervo de pena. La otra manera es cuando destierran á alguno por siempre, é lo envian en algunas islas, ó en algun otro lugar cierto onde nunca salgan, é le toman demas todos los bienes, é este atal es llamado en latin deportatus. *E por cualquier destas maneras sobredichas que es alguno judgado ó dañado á esta muerte que es llamada civil, desátese por ella el poder que este atal ha sobre sus fijos, é salen por ende de su poder. E como quier que el que es deportado non sea muerto naturalmente, tienen las leyes que lo es en cuanto á la honra, é á la nobleza, é á los fechos deste mundo. E por ende no puede facer testamento, é aun si lo oviese ante fecho non valdria.*

Cód. franc.—*Art.* 18, reformado 1832. *Las condenaciones á trabajos forzados perpétuos y á deportacion llevan consigo la muerte civil. Sin embargo, el Gobierno podrá conceder al deportado el ejercicio de los derechos civiles ó de algunos de ellos.*

Art. 22, reformado igualmente. *Todo el que fuere condenado á una de las penas de trabajos forzados perpétuos, trabajos forzados temporales, ó reclusion, será expuesto en la plaza pública á las miradas del pueblo durante una hora, antes de sufrir su condena. Sobre su cabeza se colocará una inscripcion, que contenga en gruesos caractéres su nombre, su profesion, su domicilio, la pena y la causa porque se le ha condenado.....*

Cód. austr.—*Art.* 23. Véase la Concordancia al 50 de este Código.

Cód. napol.—*Art.* 16. *El sentenciado á la pena del* ergástolo *perderá la propiedad de todos los bienes que posea: se abrirá su sucesion á beneficio de sus herederos, como si hubiera muerto in testado; y no podrá en lo sucesivo disponer de aquellos en todo ó en parte por actos entre vivos ni por última voluntad.*

Tampoco podrá adquirir bienes de ninguna de las maneras expresadas.

La ley, sin embargo, le considera como medio y conducto hábil para trasmitir á sus descendientes los derechos sucesorios y condicionales que se hayan realizado en su favor.

No podrá comparecer en juicio como actor ni demandado, sino por medio de un curador, especialmente nombrado por el tribunal en que se deduzca la accion.

El tribunal civil podrá obligar á sus herederos á suministrarle algun socorro á título de alimentos; pero deberá limitarse á un ligero alivio.

Art. 34. Se impondrá la pena de caucion como accesoria:

1.° Con la de cadena ó reclusion, aunque haya de sufrirse en presidio.

. . . .

Cód. esp. de 1822.—*Art. 53. Los condenados á trabajos perpétuos, deportacion, ó destierro perpétuo del reino, se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España, despues de nueve dias contados desde la notificacion de la sentancia que cause ejecutoria: los cuales se les conceden para que puedan arreglar sus asuntos, hacer testamento, y disponer libremente de sus bienes y efectos con arreglo á las leyes, sin perjuicio de las responsabilidades pecuniarias á que estuvieren sujetos; entendiéndose que podrán llevar consigo en dinero y muebles todo aquello de que le sea lícito disponer por testamento, áun teniendo herederos forzosos. Pasado dicho término sin testar ni disponer de sus bienes, acciones y derechos, todos los que hubiesen poseido en España pasarán á sus herederos legítimos, como en el caso de abintestato. El reo perderá en ellas todos los derechos de la patria potestad, y los de la propiedad, excepto en lo que se lleve consigo: y si estuviese casado, se considerará disuelto el matrimonio en cuanto á los efectos civiles, y el otro cónyuge y los hijos y sucesores entrarán en el goce de sus derechos, como en el caso de muerte natural. Pero la expresada disolucion del matrimonio no tendrá efecto, ó dejará de tenerle, siempre que el otro cónyuge quisiere voluntariamente acompañar al reo en su destierro ó deportacion. Desde el momento de la notificacion de la sentencia será incapaz el reo de adquirir cosa alguna en España por razon de sucesion ni por otro título: pero el deportado podrá en el lugar adquirir lo que gane por su trabajo ó industria.....*

COMENTARIO.

1. La pena de cadena perpétua es la más dura de nuestro Código, despues de la de muerte. Aun tiene circunstancias accesorias que en la de muerte no se hallan, y que afectan la honra ó la fama de los que las han padecido. Tales son las comprendidas en los *números* 1.° y 2.°, la argolla y la degradacion, principalmente la primera.

2. Mas ni la degradacion ni la argolla han de acompañar siempre á esta pena de que tratamos. La degradacion se aplica solo á los empleados prevaricadores, ó que abusen de tal suerte de su destino público, que merecieren este castigo en que nos ocupamos al presente. No se puede negar al ménos que en semejante caso hay analogía; y que si alguna vez está indicada la degradacion, lo es en éste sin la menor duda.

3. En cuanto á la argolla, sin desdecirnos de lo que hemos manifestado varias veces, tambien debemos reconocer que los casos á que se la aplica son sumamente graves. Es necesario que se trate de delitos de traicion, regicidio, parricidio, muerte alevosa ó pagada (asesinato), ó robo, para que tal pena—la de argolla—acompañe á la de cadena perpétua. Y áun no basta que de tales delitos se trate: necesítase tambien que á alguno de los reos se haya condenado á muerte, y que á otro ú otros se haya impuesto la cadena perpétua, si es que la pena de argolla ha de acompañar á esta última. Cuando no ha habido condenacion á muerte por la misma causa, no puede haber argolla, aunque haya cadena perpétua, y se trate de cualquier delito.—Al ménos, si ha admitido la ley un castigo que nosotros no aprobamos, le ha limitado ciertamente con una laudable economía.

4. Nuestros lectores no encontrarán, suponemos, dificultad alguna en concebir el supuesto legal. El condenado á cadena perpétua puede ser un co-autor del condenado á muerte, respecto al cual existian circunstancias atenuantes. Puede ser tambien un co-autor, que tenga la responsabilidad simple del delito, en tanto que su compañero la tiene agravada, y merece por ello pena capital. Por último, puede ser un cómplice, cuyo castigo, como veremos despues, tambien se rebaja en un grado.

5. ¿Se comprenderá en el caso de robo, que señala la ley, el de piratería? Parécenos que sí. La piratería es el más calificado, el más odioso, el más criminal, si así puede decirse, de cuantos se cometen. No creemos que tribunal alguno lo estimase de otra manera.

6. Ninguna dificultad ofrece en nuestro juicio el punto de la interdiccion civil y de la inhabilitacion. Supuesta la existencia de estas penas y la explicacion que de ellas, particularmente de la segunda, hemos dado, concíbese bien que daban aplicarse como accesorias al caso en que nos encontramos. Ellas constituyen la parte de *muerte civil* que es

admisible, y que ha consagrado nuestro Código. ¿Dónde, pues, han de colocarse mejor que en lo que es el grado inmediato á la muerte natural?

7. Sobre la sujecion á la vigilancia de la policía, repetimos lo que queda dicho en varias ocasiones. Este castigo no acompaña, ni puede acompañar, al de la cadena perpétua; pero si tales penados obtuvieren su indulto, en ese caso quedarán sujetos á él. Nada es tampoco más óbvio ni más sencillo.

Artículo 53.

«La pena de reclusion perpétua lleva consigo las expresadas en los *números* 4 y 5 del artículo anterior.»

COMENTARIO.

1. La reclusion, segun nuestro Código, no lleva consigo la idéa degradante que lleva la cadena: la reclusion está destinada para penalidad de crímenes, por decirlo así, más decentes. La cadena se aplica á los de vileza; la reclusion á los de pasiones. Por eso no hay aquí ni argolla, ni degradacion; quedan sólo la inhabilitacion perpétua, y la sujecion, en su caso, á la vigilancia de la autoridad.

2. En cuanto á la interdiccion, tampoco la pronuncia la ley, y en verdad que no comprendemos el motivo. Considerado el verdadero objeto de tal pena, juzgamos que debia imponerse á los condenados á reclusion absoluta. ¿A qué dejarles unos derechos, que no pueden desempeñar de un modo útil? Para ellos es inútil: para las personas de su familia es notoriamente nocivo. El que se halle recluso por su vida, léjos de su domicilio, tal vez del otro lado de los mares, ¿cómo ha de ejercer la patria potestad, y la autoridad de marido? ¿Cómo ni para qué ha de administrar sus bienes?—Nosotros hubiéramos dicho: «*las expresadas en los* números 3.°, 4.° y 5.° *del artículo anterior*.»

Artículo 54.

«Las penas de relegacion perpétua y extrañamiento perpétuo llevan consigo las siguientes:

»1.ª Inhabilitacion absoluta perpétua para cargos públicos y derechos políticos.

»2.ª Sujecion á la vigilancia de la autoridad por el tiempo de la vida de los penados, aunque obtuvieren indulto de la pena principal.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tít. 19, L. 2.—Constat, postquam deportatio in locum aquae et ignis interdictionis succesit, non prius omittere quem civitatem, quam Princeps deportatum in insulam statuerit: praesidem enim deportare non posse nulla dubitatio est. Sed praefectus Urbis jus habet deportandi, stantique pos sententiam praefecti amisissi civitatem.*

Partidas.—*L. 2, tít. 18, P. IV.*—Véase la Concordancia al art. 51.

Cód. franc.—*Arts 18 y 22.* Véanse las Concordancias al art. 52.

Cód. brasil.—*Art. 53. Los sentenciados á las penas de galeras, prision con trabajo, prision simple, deportacion ó destierro, quedarán privados del ejercicio de los derechos políticos de ciudadano brasileño, por todo el tiempo que duren los efectos de la cadena.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 53. Véase la Concordancia al art. 52.

COMENTARIO.

1. La disposicion de este artículo es exactamente igual á la del artículo precedente. En uno y en otro se imponen ó como accesorias ó como complementarias las penas de inhabilitacion perpétua absoluta y de sujecion á la vigilancia de la autoridad. Todo pudo reducirse á un artículo, en vez de dividirlo en dos.

2. Por nuestra parte, tambien dirémos respecto á éste lo que respecto al anterior decíamos. Parécenos que falta, lo mismo que en aquel, la interdiccion civil, como pena accesoria. Otros códigos lo han hecho, y, segun nuestro modo de ver, con completa justicia.

Artículo 55.

«La pena de cadena temporal lleva consigo las siguientes:

»1.ª Interdiccion civil del penado durante la condena.

»2.ª Inhabilitacion absoluta perpétua para cargos ó derechos políticos, y sujecion á la vigilancia de la autoridad durante aquel mismo tiempo, y otro tanto más que empezará á contarse desde el cumplimiento de la condena.»

CONCORDANCIAS.

Cód franc.—*Art.* 28, reformado (23) en 1832. *La condenacion á trabajos forzados temporales, á detencion, á reclusion y á extrañamiento, llevan consigo la degradacion cívica.....*

Art. 29, reformado en 1832. *Todo el que hubiere sido condenado á trabajos forzados temporales, á detencion ó á reclusion, estará además, durante el tiempo de aquella pena, en estado de interdiccion legal, y se le nombrará un tutor y un sustituto de éste* (subrogé tuteur) *para cuidar y administrar sus bienes, en la forma prescrita para los que se hallan en tal estado de interdiccion.*

Art. 47, reformado (32) en 1832. *Los condenados á trabajos forzados temporales, á detencion y á reclusion, quedarán de pleno derecho por toda su vida, despues de cumplidas aquellas penas, bajo la vigilancia de la alta policía.*

Cód. austr.—*Art.* 23. **Véase la Concordancia á nuestro art. 50.**

Cód. napol.—***Art.* 47.** ***Las penas de cadena, aunque se sufra en presidio, y de reclusion, llevan consigo la interdiccion perpétua de cargos públicos, y la interdiccion patrimonial durante el tiempo de la condena.***

El sentenciado no podrá en lo sucesivo ser nombrado perito, ni ser testigo en documento público, ni dar testimonio en juicio, como no sea para suministrar simples indicaciones.

El tribunal civil determinará la asignacion que haya de señalarse á la familia del penado y á las demás personas que tuviesen derecho á ello.

Tambien especificará la cuota alimenticia que haya de concederse al penado, limitándola á un ligero alivio.

. . . .

Cód. brasil.—*Art.* 53. Véase la Concordancia á nuestro artículo anterior.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 70. *Los condenados á obras públicas, presidio ó reclusion, serán considerados durante el tiempo de su condena en estado de interdiccion judicial por incapacidad física y moral, y se les nombrará curador que represente su persona y administre sus bienes, en los mismos términos que se debe hacer con los dementes y demás que se hallan en igual caso.*

COMENTARIO.

1. La interdiccion y la inhabilitacion no pueden ménos de ser consecuencia de la cadena. Lo fueron siendo ésta perpétua (art. 52), y lo son tambien siendo temporal. El que desgraciadamente se halla en aquel estado, ni derechos civiles, ni derechos políticos, ni cargos públicos puede de seguro ejercer.

2. Mas hay una diferencia entre su interdiccion y su inhabilitacion. Esta continúa durándole toda su vida; la primera subsiste sólo en tanto que la pena principal no se ha terminado. Y la razon es asimismo bien clara: los derechos de familia son muy diversos de los de ciudad, y áun los hombres criminales están de ordinario dotados de ellos, cuando no hay una razon muy poderosa que lo impida ó imposibilite.

3. En cuanto á la sujecion á la vigilancia de las autoridades, entendemos que hay en este artículo una nueva inexactitud de expresion. Mientras dura la condena de los trabajos temporales, dicho se está que los reos han de estar vigilados. Están más, pues que se hallan presos. Cuando la verdadera vigilancia comienza, es cuando termina la cadena

temporal. Hasta allí, repetimos, están sujetos á más que á vigilancia; están encerrados y encadenados.

4. En esta pena complementaria nuestro Código es más suave que otros de los modernos. Es comun el extenderla á toda la vida; mas el presente artículo sólo la establece por tanto tiempo cuanto la cadena haya durado.

Artículo 56.

«La pena de presidio mayor lleva consigo las siguientes:

»1.ª Inhabilitacion absoluta perpétua del penado para cargos públicos.

»2.ª Sujecion á la vigilancia de la autoridad por igual tiempo al de la condena principal, que empezará á contarse desde el cumplimiento de la misma.»

COMENTARIO.

1. En la redaccion de este artículo hay necesariamente una errata. Y decimos que la hay necesariamente, porque no se puede suponer que falten las palabras que debieran estar, á sabiendas, y por resolucion de sus autores.

2. Vemos en efecto que la inhabilitacion que se pronuncia en él es sólo para cargos públicos, y no comprende á los derechos políticos, como sucede en los artículos anteriores, y vuelve á encontrarse en el siguiente.

3. Esta última circunstancia es decisiva. Si únicamente tuviéramos los artículos anteriores, podríase decir que en el presente se trataba de una pena menor, y era por tanto posible que tambien fuese menor la penalidad. Pero ese argumento está destruido por el hecho que acaba de notarse. Los presidios menor y correccional, de que habla el art. 57, son sin duda alguna penalidades inferiores á la del presido mayor, de que trata éste. Si pues en aquellas es accesoria la inhabilitacion para cargos y derechos políticos, imposible es que en éste se contraiga sólo á los primeros, y no alcance á los segundos.—Bueno sería, sin embargo, que el Gobierno lo declarase así para evitar una cuestion que puede suscitarse á cada momento.

4. Tambien echámos de ménos en este artículo la interdiccion civil,

como la hemos echado en algunos anteriores; mas en este particular no puede suponerse errata: en todo caso será un error, ó será un descuido.

Artículo 57.

«Las penas de reclusion, relegacion y extrañamiento temporales, presidio menor y coreccional y confinamiento mayor, llevan consigo las de inhabilitacion absoluta de los penados para cargos ó derechos políticos, y sujecion á la vigilancia de la autoridad, durante el tiempo de su condena y otro tanto más, que empezará á contarse desde el cumplimiemto de aquella.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 47, reformado en 1832. Véase la Concordancia á nuestro art. 55.

Cód. napol.—*Art.* 18. *La pena de relegacion llevará consigo, desde que concluya, la interdiccion de cargos públicos por un tiempo igual al de su duracion.*

Art. 19. *Todos los extranjeros, á quienes se hayan impuesto las penas de reclusion ó de cadena en los baños ó en presidio, serán desterrados del reino al cumplir su condena.*

COMENTARIO.

1. Hemos llegado á las menores penalidades, que acompaña como accesoria la pena de inhabilitacion. Pero si hasta aquí habia venido ésta siendo absoluta y perpétua, en el caso que nos hallamos pierde ya la segunda de estas condiciones. Es absoluta, sí; esto es, comprende todos los cargos públicos y todos los derechos políticos sobre que cae la interdiccion de las leyes. Mas no es perpétua, no dura por toda la vida

del sentenciado. Limítase al tiempo del castigo principal, y otro tanto despues como garantía y expiacion.

Artículo 58.

«Las penas de prision mayor, menor y coreccional, confinamiento menor y destierro, llevan consigo la de suspension de todo cargo y derecho político del penado, durante el tiempo de la condena.»

COMENTARIO.

1. Ya en estas penas no es castigo accesorio el de inhabilitacion, ya no lo es complementario el de sujecion á la vigilancia de las autoridades. Sus consecuencias son mucho más ligeras, como lo es tambien su esencia misma, porque lo ha sido la criminalidad sobre que recaen. Pero esto no puede impedir que en tanto que los reos las padecen deban estar excluidos del ejercicio de los derechos políticos y de los cargos públicos. Hay á veces imposibilidad, hay, cuando no, incompatibilidad para que sea de otro modo. El preso no puede votar: el desterrado, sería escandaloso que votase. Esta suspension, pues, aparece tan natural como necesaria.

Artículo 59.

«Toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan, y de los instrumentos con que se ejecute.

»Los unos y los otros serán decomisados, á no ser que pertenezcan á un tercero, no responsable del delito.»

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—*Art.* 44. *La confiscacion del cuerpo del delito, ó de los instrumentos que han servido ó estaban destinados para cometerlo, y cuya*

propiedad pertenezca al sentenciado, será una pena comun á los crímenes correccionales y de policía, y se impondrá de derecho conjuntamente con toda condena por crímen ó delito.....

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 90. *Las armas, instrumentos ó utensilios con que se haya cometido el delito, y los efectos en que éste consista, ó que formen el cuerpo de él, se recogerán por el juez para destruirlos ó inutilizarlos, siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el importe que se pueda sacar de ellos; á no ser que pertenezcan á un tercero, á quien se hubiesen robado ó sustraido sin culpa suya, en cuyo caso se le restituirán íntegra y puntualmente.*

COMENTARIO.

1. La palabra delito, usada en este artículo, no comprende ni es extensiva á las faltas. Otro dispone en su lugar lo que se ha de hacer respecto á los instrumentos con que éstas fueren cometidas. La ley ha considerado que en su levedad podia ser una pena sumamente gravosa la de confiscacion que aquí se señalaba. De delitos, pues, únicamente, de delitos, como especialidad, es de lo que habla nuestro artículo.

2. Segun éste, los instrumentos con que aquellos se han perpetrado, los efectos que han procedido de ellos, son perdidos para el criminal. El cuchillo con que se hirió, los géneros en que consistió el robo ó el contrabando, deben ser decomisados. Pero si el cuchillo pertenecia á otra persona, no cabe duda en que ésta le puede reclamar, y en que habrá de entregársale, no siendo ella cómplice ó encubridora del crímen. En cuanto á los efectos robados, nunca dejaron de pertenecer á su dueño, y á él deben volverse sin detencion. Lo que se decomisa es —y no puede ser otra cosa,—lo perteneciente al reo.

3. La ley no dice aquí lo que se ha de hacer con esos efectos, ó con ese decomiso; pero claro está que se ha de hacer lo que con todos: atender á las responsabilidades pecuniarias, segun el órden establecido en otro artículo, y aplicar al fisco lo que sobrare, si alguna cosa sobrase de ellas.

APÉNDICE Á ESTA SECCION.

1. Al concluir esta Seccion, donde se trata de las penas accesorias que son consecuencia general de cada una de las principales, sin que haya

más que enunciar éstas para que se entiendan preceptuadas las otras, queremos repetir bajo un pequeño punto de vista, y condensándolo en pocas palabras, las observaciones que en más de un lugar llevamos enunciadas sobre esta materia. En rigor, todas ellas están ya dichas; pero entendemos que no se seguirá ningun mal de recordarlas compendiadamente, como apéndice al asunto que terminamos.

2. Es la primera relativa á la interdiccion civil. Una sola pena, la de cadena perpétua, es la que lleva consigo. En esto se ha separado nuestro Código de todos ó casi todos los que pueden compararsele; y repetimos que no ha hecho bien. Desde presidio mayor, por lo ménos, hácia arriba, todas las penas personales debian tener consigo esa circunstancia. ¿Qué autoridad paterna ni marital ha de tener el hombre que se halla encadenado? ¿Qué bien se sigue de conservarle la administracion de sus bienes?—La razon lo repugna, y las autoridades están contestes en apoyarla.

3. Otra observacion tenemos que hacer, respecto á la pena de vigilancia de la policía. Queriendo llevar adelante la doctrina fundamental del art. 24, segun el cual esta pena no es nunca accesoria;—queriendo hacer honor al Código, y eximirlo de la nota de contradictorio consigo mismo, en cuanto nos fuera posible,—hemos tratado de explicar aquella pena, buscando recursos para que nunca apareciese en la clase, donde, segun la expresada doctrina, no le correspondia estar. Pero confesamos, en fin, que tenemos nuestro escrúpulo de haber sido más consecuentes que la misma ley. Leyendo con sinceridad toda esta Seccion, la idéa que se concibe respecto á la pena de que tratamos, es que constituye una pena accesoria. Sobre todo cuando el art. 57 dice que la lleva consigo la relegacion,—una pena que no encierra, que no lanza del reino, que sólo confina á un punto de Ultramar á los que la padecen,—entónces, decimos, nuestras explicaciones, más ó ménos ingeniosas hasta allí, tienen que cesar de todo punto, y no nos queda otro arbitrio que reconocer un olvido muy capital en el art. 24.—Por fortuna, como se ha dicho en otra ocasion, éste es un defecto teórico, que en la práctica no tiene importancia de ningun género.

4. Tercera observacion. Debemos repetir en este lugar lo que se ha dicho (Comentario á los arts. 46 y 47) sobre el resarcimiento de gastos y abono de costas procesales. Aquí era donde se debia declarar que toda pena llevaba á éstas como accesorias, si pensaba la ley como pensamos nosotros; ó bien cuáles eran las que las llevan, si tenía distintos pensamientos. Un artículo semejante al 59 habria terminado la cuestion.

CAPÍTULO CUARTO.

DE LA APLICACION DE LAS PENAS.

SECCION PRIMERA.

Reglas para la aplicacion de las penas á los autores de delito consumado, de delito frustrado y tentativa, y á los cómplices y encubridores.

1. Entre el autor, y el cómplice, y el encubridor—ya hace tiempo que lo tenemos dicho—son diferentes los grados de la responsabilidad. Entre el delito consumado, el delito frustrado y la tentativa—tambien lo tenemos dicho—son diversos los grados del crímen. Pero cuando hemos indicado estas diferencias, nos hemos detenido en la sola indicacion y no hemos profundizado el asunto. Ahora solamente es cuando podemos penetrarlo más. Esos grados, esa escala, como la filosofía práctica la ha de señalar, es estableciendo la correpondiente en las penas. Si éstas forman una, si hay en ellas ese progreso creciente y decreciente, es con dos motivos igualmente importantes: primero, porque los delitos, tomados en comun, la forman los unos con los unos; segundo, porque en cada delito especial, tomado individualmente, se halla tambien bajo las consideraciones que hemos expuesto en esta obra, y que ha consagrado la ley.—Delito, delito frustrado, tentativa, autor, cómplice, encubridor.

2. Todavía tenemos una nueva escala, en lo agravante, lo ordinario, y lo atenuante; pero de ésto no habla el Código hasta la Seccion próxima, y nosotros le imitarémos, dejando para entónces el examinarla.—Por ahora sólo tratamos de las dos primeras.

Artículo 60.

«A los autores de un delito ó falta, se impondrá la pena que para el delito ó falta que hayan cometido se halle señalada por la ley.

»Siempre que la ley señala generalmente la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.»

COMENTARIO.

1. Este artículo es la base, es el supuesto de los que van á venir despues. Para ordenar la combinacion artística que adopta la ley, es necesario partir de un principio natural. Las escalas han de tener su fundamento, que no sea arbitrario ni disputable.

2. El artículo dice: «lo que la ley señala como pena de un delito, lo es de aquel delito consumado, y no del mismo frustrado ó de su tentativa, y está destinado para sus autores, y no para sus encubridores ó cómplices.»—Lo que proporcionalmente ha de recaer en estos cómplices ó auxiliadores, lo que ha de penar tambien proporcionalmente al delito frustrado ó á la tentativa, eso lo verémos por los artículos que siguen.

Debemos advertir aquí que á veces la ley pena directamente la tentativa ó á los cómplices de un delito; pero esa es una excepcion que no invalida la regla general. La regla es como hemos dicho: el castigo que expresamente impone la ley es al autor del delito consumado.

Artículo 61.

«Á los autores de un delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito.»

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—*Art.* 69. *Todo el que con intencion de ejecutar algun crímen, ponga en práctica los medios de ejecutarlo, en términos que nada le quede que hacer para obtener el complemento del acto, será castigado con la pena inferior en un grado á la señalada al delito, en el caso de que la consumacion del hecho se haya frustrado por circunstancias fortuitas ó independientes de su voluntad; salvas las excepciones que determina la ley en algunos casos particulares.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 634. El que á sabiendas y con el fin de matar á otra persona, la aplique, ó lo haga tomar de cualquier modo substancias ó bebidas venenosas ó nocivas, aunque no llegue á causar la muerte, sufrirá la pena de trabajos perpétuos.*

Artículo 62.

«Á los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito.

»La conspiracion para cometer un delito se castigará como tentativa; la proposicion para el mismo fin con una pena inferior en dos grados á la anterior, salvo en aquellos casos en que la conspiracion y la proposicion tengan señalada mayor pena por artículos especiales del Código.»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 2, tít 31, P. VII.*—Véase la Concordancia á nuestro artículo 3.°

Cód. franc.—*Art. 2.* Véase la Concordancia á nuestro artículo 3.°

Cód. austr.—*Art. 40.* Véase la Concordancia á nuestro artículo 3.°

Cód. napol.—*Art. 70. La tentativa de un crímen que se haya frustrado, aunque sea por circunstancias fortuitas é independientes de la voluntad del culpable, será castigada con la pena inferior de uno ó dos grados de la señalada al delito.....*

Cód. brasil.—*Art. 34. Cuando la tentativa no sea objeto de una pena*

especial, será castigada con las mismas penas que el crímen, disminuidas en una tercera parte de su duracion en cada grado.

Cuando la pena sea la de muerte, se impondrá al culpable de tentativa en el mismo grado la de galeras perpétuas; y cuando sea la de galeras perpétuas, ó prision perpétua, con trabajo ó sin él, se impondrá la pena de galeras por veinte años, ó prision, con trabajo ó sin él, por igual tiempo.

Cuando sea la de extrañamiento, se le impondrá la de deportacion fuera del reino por veinte años; y cuando sea la de deportacion ó destierro perpétuo, se le impondrá la misma por veinte años.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 7. Por regla general..... la tentativa de un delito..... será castigada con la cuarta parte á la mitad de la pena que la ley prescriba contra el delito que se intentó cometer; y si el acto que efectivamente se haya cometido, para preparar ó empezar la ejecucion de este pelito, tuviere señalada alguna pena especial, se aplicará ésta tambien al delincuente.*

COMENTARIO.

I.

1. El crímen frustrado y la tentativa de crimen ha sido objeto de un extensivo análisis en los principios de nuestros Comentarios (art. 3). Discurríamos entónces sobre su naturaleza, y debíamos hacer ver que semejantes hechos constituian obras verdaderamente criminales. Sin confundirlos con el delito mismo, era necesario justificar que entraban en la esfera de éste, y que, como él, reclamaban penalidad para sus autores.

2. Aquí tratamos de las consecuencias que á aquellos principios se siguen: de las penas que se deben imponer á los delitos frustrados y á las tentativas de delito. De aquel análisis deben inferirse estas consecuencias.

3. Hemos visto ya en las Concordancias con cuánta confusion, con qué poca filosofía, han desempeñado algunos códigos esta materia. La doctrina teórica no es en ellos clara y distinta; y, como es consiguiente, la penalidad cae por lo mismo en oscuridades ó en notorios errores. Estos califican con una sola palabra la tentativa y el delito frustrado: aquellos sujetan entrambas nociones á la del delito ordinario y comun; otros, en fin, no se ocupan de semejantes hechos, ó no les dan importancia criminal alguna. De aquí, falta á veces de preceptos; dureza á veces en los que se dan, para que despues no puedan realizarse.

4. Nuestro Código ha sido claro, y ha sido justo en esta parte. Considera que el crímen frustrado es menor que el crímen, y que la tentativa es ménos aún que aquel primero. Y esta consideracion es exacta. En el crímen frustrado puede haber tanta maldad moral como en el verdadero crímen; pero no se causó el mal que en éste se causa. En la tentativa, ni el mal ni la perversidad son tan grandes; toda vez que el primero ha carecido de efecto, y que la segunda no era aún imposible de enmendar ó de contener. Donde cabe el arrepentimiento, la intencion no ha llegado completamente á desempeñarse.

5. Partiendo, pues, de esta doctrina, ha dicho nuestra ley: «para el delito frustrado, un grado ménos de penalidad que para el delito cometido: para la tentativa, otro grado ménos aún.»—De suerte que si la pena normal de una accion puede expresarse por el número doce, la pena de la misma accion frustrada consistirá en el número once, y la pena de su tentativa, en el número diez.

6. Este sistema es tan racional, que basta con exponerlo para cautivar el asentimiento comun. Todo lo que puede caber de duda y diferencia respecto á él, consiste en si ha debido considerarse como tipo de la rebaja un grado, dos grados, tres grados, etc. En este punto, claro es que cabe alguna arbitrariedad: no es cuestion de derecho; éslo de prudencia únicamente. La Junta del Colegio de Madrid quisiera que la pena de la tentativa no fuese menor en *dos grados* á la del delito, sino de *dos á tres grados*, dejándolo al arbitrio de los tribunales. Parécenos bien su idéa, y la aceptaríamos sin dificultad por lo que á nosotros toca. En la tentativa hay efectivamente una gran escala, y es digno de admitirse cuánto puede contribuir á proporcionar en ella la pena con el delito.

7. Por lo que hace á su práctica, si en ella pueden ocurrir algunas dificultades, no será ciertamente en lo tocante á la doctrina, sino en lo respectivo á los hechos. Puede dudarse alguna vez si tal accion ejecutada es un delito propio ó una tentativa, ó un delito frustrado. Cuando uno, por ejemplo, ha herido á otra persona, cabe que se suscite la dificultad de si sólo quiso herirle, ó si se proponia quitarle la vida. Pero de cualquier modo que se resuelva esta cuestion, fijados los hechos, determinado el caso del conato, ya es evidente que ninguna duda puede suscitarse. Basta que tengamos la penalidad del crímen comun, y las escalas graduales que más adelante nos dará el Código, para que apliquemos sin vacilar las que respectivamente competen á los reos, ya de tentativa, y ya de aquel más grave y por su parte terminado propósito.

8. Permítasenos recordar aquí que en el órden de las faltas, ni hay tentativas ni hay hechos frustrados (art. 5).

II.

9. Encontramos en el segundo párrafo de este artículo una de las reformas más graves que se hicieron en 1850 en el Código penal, y, segun hemos dicho en otra ocasion, una de las roformas, á nuestro juicio, más desgraciadas. Tal es la que castiga, como regla general, á la conspiracion y á la proposicion para delinquir, abandonando la prudente economía con que primitivamente habia tratado el Código esta materia.

10. No vamos á repetir nuestro juicio desaprobatorio: basta que lo recordemos, y que nos ratifiquemos en él. Bajo otro punto de vista es como nos cumple examinar el párrafo del artículo presente.

11. Toda vez que la conspiracion y que la proposicion de delito se habian de castigar, natural cosa era que aquí se les señalasen sus castigos; y natural era tambien, siguiendo el sistema adoptada por el Código, que se expresasen en fracciones de la pena típica, como se habia hecho para la tentativa y para el delito frustrado. En este punto nada tenemos que decir respecto á la obra de la reforma.

12. Pero ¿era natural, era justo, que la conspiracion se igualase con la tentativa, y la proposicion con la complicidad de la tentativa misma? ¿Podia ser legítimo que de golpe se impusiesen penas tan altas y tan graves á lo que pocos meses ántes se habia creido deber eximir de toda pena? Suponiendo que la conciencia y la ley acriminen esos actos, ¿cómo los han de equiparar con la tentativa y su complicidad, que los suponen, que los traspasan, que van mucho más léjos?

13. Acusamos, pues, de ligereza y sin falta de reflexion á la reforma que nos hizo esta nueva ley. La acusamos tanto más, cuanto que esos defectos se desprenden, si bien lo examinamos, de sus mismas palabras.—«Se castigarán, dice, como la tentativa y un grado ménos, salvo en aquellos casos en que tengan señalada pena mayor.»—¿Quién no creia que habian de tener en efecto señalada pena mayor los casos de proposicion y de tentativa que el Código penara anteriormente?

14. Pues, sin embargo, no es así. Tomamos por ejemplo los delitos de traicion. La tentativa se castiga en ellos hasta con pena de muerte,—art. 142; la conspiracion con la pena de presidio mayor; la proposicion con presidio correccional,—art. 143.—Tomamos los de lesa-majestad. La tentativa contra la vida del Rey se castiga con muerte; la conspiracion con cadena temporal; la proposicion con presido mayor,—artículos 160, 161, 162.—No es, pues, exacto lo que dice aquí la reforma: no son penas mayores que las que ella en general designa las que señala el Código específicamente en los casos en que estimó desde luego que la proposicion y la conspiracion debian penarse. Hay inexactitud en sus dichos, como hay crueldad en sus preceptos.

15. Todo esto prueba nuevamente una cosa que ya sabía el mundo.

Que lo que se llama con énfasis la práctica, cuando no va inspirado, dirigido, regulado por una buena y profunda teoría, suele caer con frecuencia en errores y en contradicciones.

Artículo 63.

«A los cómplices se impondrá la pena inferior en un grado á la correspondiente á los autores del delito.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVII, tit. 16, L. 1.—Pessimum genus est receptatorum, sine quibus nemo latere diu potest. Et praecipitur ut perinde puniantur atque latrones. In pari causa habendi sunt.....*

Partidas.—*L. 10, tit. 8, P. VII.—Sañudo estando algunt home..... si el otro le diese á sabiendas armas ó otra cosa con que mate á otri ó á si mismo, aquel que gela diere debe haber pena por ello, tambien como si él mismo lo matase.*

Lib. 10, tít. 9..... Ca guisada cosa es et derecha que los facedores del mal et los consentidores dél que reciban egual pena.

L. 18, tít. 14..... Ca cualquier destos sobredichos á quien fuere probado que fizo furto en alguna destas maneras, debe morir por ende; él et todos cuantos dieron ayuda ó consejo á tales ladrones en facer el furto, ó los encubrieren en sus casas ó en otros lugares deben haver aquella misma pena.

L. 13, tít. 33..... Et dixieron aún que á los malfechores, et á los consejadores, et á los encubridores, debe seer dada egual pena.

Cód. franc.—*Art. 59. Los cómplices de un crímen ó delito serán castigados con las mismas penas que sus autores, salvos los casos en que la ley disponga otra cosa.*

Cód. napol.—*Art.* 75. *Los cómplices serán castigados con las mismas penas que los autores principales del crímen.—Sin embargo, los cómplices comprendidos en los núms. 3 y 4 del artículo anterior serán castigados con la pena inferior de uno ó dos grados, cuando despues de descubierto el crímen no se haya reconocido su cooperacion tan eficaz que hubiera sido necesaria para la consumacion de aquel, salvos siempre los casos en que la ley disponga otra cosa.*

Cód. brasil.—*Art.* 35. *La complicidad será castigada con las mismas penas que la tentativa; y la complicidad de tentativa con las mismas penas de ésta, disminuidas en una tercera parte de su duracion.....*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 15. *Los cómplices que voluntariamente y á sabiendas ayuden y cooperen á la ejecucion de la culpa ó delito en el acto de cometerlo, serán castigados con la misma pena impuesta por la ley á los autores del delito ó culpa. A los demás cómplices se les rebajará de la cuarta á la tercera parte de la expresada pena.....*

Art. 16. *Los auxiliares y fautores serán castigados con la mitad á las dos terceras partes de la pena señalada por la ley contra los autores del delito ó culpa, á no ser que la misma ley disponga expresamente otra cosa.....*

Art. 18. *Sin embargo de lo prevenido en los..... últimos artículos, los que voluntariamente y á sabiendas ayuden con sus padres ú otro ascendiente en línea recta á la ejecucion de un delito, en el acto de cometerlo alguno de estos..... no serán castigados como cómplices, sino como auxiliares y fautores.....*

Art. 100. *Por regla general, los auxiliares y fautores, y aún los cómplices, cuando no incurran en la misma pena que los autores del delito, sufrirán siempre la de ver ejecutar la sentencia de éstos en su caso, y la de infamia si estuviere impuesta al delito auxiliado ó receptado.*

Artículo 64.

«Á los encubridores se impondrá la pena inferior en dos grados á la correspondiente á los autores del delito.

»Exceptúanse de esta regla los encubridores comprendidos

en el número 3.º del art. 14, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, á los cuales se impondrá la pena de inhabilitacion perpétua especial, si el delincuente encubierto fuere reo de delito grave, y la de inhabilitacion especial temporal, si lo fuere de delito ménos grave.»

CONCORDANCIAS.

Cód. repet. prael.—*L. IX, tít. 12, L. 9.—Crimen non disimile est rapere, et ei qui rapuit, raptam rem, scientem delictum, servare.*

Idem.—*Título 39, L. 1.—Eos qui secum alieni criminis reos occultando, eum eamve sociarunt; par ipsos et reos poena expectet: et latrones quisquis sciens susceperit, et reos oferre judicibus supersederit, supplicio corporali, aut dispendio facultatum, pro qualitate personae et judicis aestimatione plectetur.*

Partidas.—Véanse las Concordancias á nuestro artículo anterior.

L. 19, tít. 14, P. VII.—Abigei *son llamados..... E demas decimos que el que encubriesse ó recibiesse á sabiendas tales furtos como estos, que debe seer desterrado de todo el señorío del Rey por diez años* (1).

Nov. Recop.—*L. 3, tít. 7, lib. XII.—Cualquier que acogiere en su casa hombre que fizo traicion ó aleve, ó mató á otro á aleve, ó á traicion, ó muerte segura, y lo tuviere tres dias en su casa, seyéndole probado que lo sabia cuando lo recibió en su casa; este tal acogedor sea tenido de dar el malhechor, y si no le diese pierda la mitad de sus bienes.....*

L. 7, tít. 18.—..... Ordenamos y mandamos que ninguna persona de cualquier condicion que sea, pueda receptar ni encubrir en su casa, huerta, cortijo ó heredad á ninguno de los dichos salteadores, ni los pueda socorrer, ni socorra voluntariamente con bastimentos, pólvora, balas ni otro género de armas; ni les dé avisos, ni les sirva de espía; pena á los que lo contrario hicieren de muerte natural.....

---

(1) No es esta la única ocasion en que las Partidas faltan al principio que han sentado. Pero el principio en sí es la igualacion del encubridor con el autor.

Cód. franc.—(Téngase presente que segun este código constituye complicidad lo que en el nuestro no es más que encubrimiento.)

Art. 248. *Los que oculten ó hagan ocultar á los culpables de crímenes que llevan consigo una pena aflictiva, sabiendo que lo son, serán castigados con la pena de prision de tres meses á dos años.....*

Cód. austr.—*Art.* 194. *Semejante culpable*—(el que oculta indicios ó pruebas del delito, ó á los delincuentes, ó los avisa, ó facilita sus reuniones)—*cuando no se halle en el caso de no-revelacion, previsto por el art.* 55, *será castigado con la pena de prision de seis meses á tres años.*

Cód. napol.—*Art.* 260. *Los que voluntariamente hayan ocultado ó hecho ocultar á alguna persona sentenciada á la pena de cadena, aunque haya de sufrirla en presidio, ó á otras más graves, serán castigados con la pena de prision del segundo al tercer grado.*

Serán castigados con la prision del primer grado, ó el confinamiento, los que hayan ocultado á alguna persona contra quien se hubiese expedido mandamiento de arresto, á virtud de algun crímen que lleve consigo las penas mencionadas en el párrafo anterior.....

Art. 394. *El que haya ocultado el cadáver de una persona muerta á consecuencia de un crímen, será castigado con la pena de prision de segundo grado, sin perjuicio de otra pena mayor en el caso de que haya tenido participacion en el hecho.*

Art. 458. *Los que á sabiendas hayan ocultado en todo ó en parte las cosas robadas, sustraidas ó conservadas por medio de un crímen, serán castigados con la pena de reclusion, si el crímen lleva consigo la de cadena ú otra más grave; pero si sólo lleva consigo la de reclusion ú otra menor, se aplicará esta misma, disminuida en un grado, al ocultador, salvas siempre las penas más graves en caso de complicidad.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 17. *Los receptadores y encubridores serán castigados con la cuarta parte á la mitad de la pena que la ley prescribe contra los autores del delito respectivo, excepto cuando la misma ley disponga expresamente otra cosa.....*

COMENTARIO.

1. Lo mismo que encontrábamos en el particular del delito frustrado y de la tentativa, eso mismo volvemos á encontrar en el de los cómplices y los encubridores. Si muchas leyes habian confundido á los primeros con el verdadero y consumado delito, muchas tambien han confundido á los segundos con los autores del crímen. Nuestro Código ha seguido en ambos puntos un sistema opuesto y análogo consigo mismo. Si en el delito frustrado rebaja un grado á la penalidad, y dos en la tentativa, así tambien para los cómplices y los encubridores hace iguales rebajas de los propios uno y dos grados. La pena, pues, del cómplice del delito verdadero es la misma que la del autor del delito frustrado; la pena del encubridor la misma que la del autor de la tentativa.

2. Sin necesidad de detenerse en ello, se infiere de aquí que el cómplice y el encubridor del delito frustrado y de la tentativa, han de recibir penas menores en uno y dos grados á las de los cómplices y encubridores del delito verdadero.

3. Supongamos que se trate de un delito cuya penalidad comun expresamos por 12.—Véase, pues, el órden con que se aplicará á los diversos casos posibles que hemos indicado:

12—al autor del delito (1);
11—al cómplice del mismo delito, y al autor del delito frustrado;
10—al encubridor del delito,—al cómplice del delito frustrado,—al autor de la tentativa;
9—al encubridor del delito frustrado,—al cómplice de la tentativa;
8—al encubridor de la tentativa.

4. Es inútil que repitamos aquí lo que hemos indicado en varias partes; á saber, que éste es el más satisfactorio á la vez que el más artístico de cuantos sistemas se han inventado y proclamado en las leyes hasta ahora. Sin duda alguna hay en él algo de arbitrario: la conciencia y la razon, que nos dicen, de seguro, que tales penas deben ser mayores ó menores que tales otras, ni señalan, ni pueden señalar con completa exactitud el cuánto en que deben distar de ellas ó excederlas. En la fijacion de esos puntos, el legislador tiene amplitud, y procede de un modo libre, con tal que los preceptos que su imaginacion le inspira no repugnen despues del buen sentido.—Léjos de que nos repugnen,

(1) En este lugar prescindimos todavía de las modificaciones de la penalidad por razon de circunstancias agravantes ó atenuantes. De esto se tratará en la Seccion siguiente.

por regla general, los de nuestro Código, parécenos que se avienen perfectamente con sus inspiraciones.

5. Una excepcion, sin embargo, hace el artículo, en la cual debemos fijarnos un instante. Bastará considerarla, y comprender lo que dispone, para convencerse de su completa justicia.

6. Recordaráse bien que, á diferencia de otros códigos antiguos y modernos, no ha llamado el nuestro *encubridor*, ni ha impuesto por lo general pena alguna, al que albergue ú oculte á un delincuente. Separándose de esos otros que hemos citado en las Concordancias, ha respetado los sentimientos naturales, y honrado el principio de simpatía ó de caridad que en tales actos nos dirige. Sin embargo, esta regla tiene excepciones (artículo 14); y la primera de ellas es cuando, para la ocultacion, interviene de parte del que la hace abuso de funciones públicas. En semejante caso hay verdadero encubrimiento.

7. Pues bien: á este encubrimiento que aquí recordamos, y que consiste en ese abuso, la ley ha querido imponer una pena especial y análoga. No ha buscado para ella la relacion con el delito principal, porque esta relacion es escasa ó ninguna, segun sus principios, cuando se trata de albergamiento ú ocultaciones personales: ha atendido más bien al abuso de funciones que se cometia, y ha señalado un castigo consiguiente á tal consideracion. El encubridor de este género—ha dicho—quede inhabilitado para el cargo que desempeñaba: con inhabilitacion perpétua, si el criminal á quien favoreció habia cometido un delito grave; con inhabilitacion temporal, si era de los ménos graves el que habia cometido.

8. Verdaderamente, y hablando con todo rigor científico, lo que hay aquí no es encubrimiento, sino un delito *sui generis*, que la ley pena con discrecion y con justicia.

9. Hemos dicho ántes que por regla general nos parecia bien la pena impuesta al encubridor, en lo cual se advertia fácilmente que podia haber algun caso en que no nos lo pareciera. Es así, y vamos á decir en cuál.—Segun la circunstancia 2.ª, núm. 3.º del art. 14, son encubridores los que dan albergue á un reo de homicidio de cierta clase. ¿Aceptará por ventura la conciencia que al que tuvo en su casa una noche por conmiseracion á semejante reo se le imponga la penalidad que resulta del precepto de este artículo? A nosotros nos parece que no. Pase que se prohiba, y áun se castigue, tal exceso de piedad; pero querer castigarla de ese modo, se nos figura inmoral, cruel, imposible.—Verdaderamente, más que encubrimiento, sería ésta una accion *sui generis*, como la que poco há señalábamos, que deberia tener su correccion particular.

Artículo 65.

«Las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad ó el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley.»

CONCORDANCIA.

Cód. napol.—*Art.* 72. *Cuando en el delito frustrado ó en la tentativa se emplean medios de ejecucion que por sí solos constituyen un crímen consumado, se comparará la pena de éste con la del delito frustrado, ó tentativa, y se aplicará siempre la más grave.*

COMENTARIO.

1. El artículo que examinamos es sumamente sencillo. Su inteligencia no es otra sino que puede haber excepciones á las reglas establecidas en los cuatro precedentes, y que en tales casos, las excepciones, y no las reglas, deben observarse. Si la ley se ocupa especialmente en una tentativa, claro está que estima á ésta un verdadero delito *sui generis*; y que como tal, y no por los preceptos comunes de la tentativa, ha de juzgarse á sus autores, á sus encubridores, y á sus cómplices.—Todo esto no ofrece dificultad alguna: ni áun era absolutamente necesario que la ley lo hubiese previsto por medio de una especial declaracion.

2. Otra cosa es lo que dice el código napolitano en el artículo que hemos puesto como Concordancia; y semejante hipótesis, de la que hemos hablado ya, ofrece para nosotros en la práctica dificultades verdaderas. Puede haber un hecho que constituya delito por sí mismo, y que quepa á la vez considerarse como tentativa, ó como conato frustrado para otro. Me han disparado una pistola, y me han herido: ¿es delito de herida ó delito frustrado de muerte, lo que hay en este caso?—Cuestion compleja, cuestion difícil, problema y debate, que á veces se podrá resolver, y á veces no. Pero en el caso de que sobre él quede duda, lo que nos parece racional para darle una resolucion necesaria no es lo que indica el código de Nápoles, sino precisamente lo contrario.

No es lo más grave, sino lo más seguro, lo que en todo caso se debe suponer; y cuando las probabilidades sean iguales, lo más humano, lo más benéfico para el reo.

3. Pero de esto hablarémos con más detencion en su lugar correspondiente.

Artículo 66.

«Para graduar las penas que en conformidad á los artículos 61, 62, 63 y 64 corresponde imponer á los autores de delito frustrado ó tentativa, y á los cómplices y encubridores, se observarán las reglas siguientes:

»1.ª Cuando la pena señalada al delito sea una sola é indivisible, la correspondiente á los autores del delito frustrado y á los cómplices del delito consumado es la inmediatamente inferior, sea ésta divisible ó indivisible: y la correspondiente á los autores de tentativa de delito y á los encubridores, es la inferior en dos grados, la cual se impondrá en su grado mínimo, medio ó máximo, segun las circunstancias.

»2.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de dos indivisibles, la correspondiente á los autores de delito frustrado y á los cómplices del delito consumado se compondrá de la pena más baja de aquella y de los grados máximo y medio de la inferior; y la correspondiente á los autores de tentativa y á los encubridores, será la misma pena inferior en su grado mínimo, y la inmediata siguiente en sus grados máximo y medio.

»3.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de dos indivisibles y el grado máximo de otra divisible, la correspondiente á los autores de delito frustrado y á los cómplices del delito consumado es la última de aquellas tres penas en toda su extension; y la correspondiente á los autores de tentativa y á los encubridores del delito, es la inmediata inferior, igualmente en toda su extension.

»4.ª Cuando la pena señalada al delito sea una sola divisible, la correspondiente á los autores de delito frustrado y á los cómplices del delito consumado es la inmediatamente inferior; y la correspondiente á los autores de tentativa y á los encubridores, es la inferior en dos grados.

»5.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de tres divisibles, la correspondiente á los autores de delito frustrado y á los cómplices de delito consumado se compondrá de las dos más bajas de aquellas y de la inmediatamente inferior; y la correspondiente á los autores de tentativa y á los encubridores, se compondrá de la más baja de aquellas y de las dos inferiores en grado.

»NOTA.—APLICACION PRÁCTICA DE LAS REGLAS PRECEDENTES.

	Pena señalada para el delito.	Pena correspondiente al autor de delito frustrado, y cómplice de delito consumado.	Pena correspondiente al autor de tentativa y encubridor.
»1.er CASO...	Muerte.........	Cadena perpétua.	Cadena temporal
»2.° CASO....	Cadena perpétua, á muerte......	Cadena temporal en su grado medio, á cadena perpétua......	Presidio mayor en su grado medio, á cadena temporal en su grado mínimo.
»3.er CASO...	Cadena temporal en su grado máximo, á muerte.	Cadena temporal.	Presidio mayor.
»4.° CASO....	Cadena temporal	Presidio mayor..	Presidio menor.
»5.° CASO....	Presidio menor á cadena temporal...........	Presidio correccional, á presidio mayor.....	Arresto mayor, á presidio menor.»

COMENTARIO.

I.

1. Los artículos del 61 al 64 no habian hecho más que fijar principios muy generales. Pero esos principios era menester aplicarlos á la práctica, teniendo en consideracion la diferente índole de sus penas. Si éstas hubieran sido uniformes, si sobre todo fuesen indivisibles, y se impusiesen una sola de cada vez, entónces podriamos pasarnos sin más declaraciones, porque el principio mismo sería regla suficiente para todo. Tal sería el caso que hemos figurado en el Comentario del art. 64, con los números desde el 12 hasta el 8. Pero con penas divisibles, como la mayor parte de las nuestras, con penas que se agrupan para cualquier delito, á fin de que sean más exactamente aplicables á sus circuns-

tancias; con esto, decimos, no bastan aquellos artículos solos, ni nuestra respectiva explicacion, si no ha de dejarse toda esta materia penal abandonada á la confusion inmensa de libres y desordenados pareceres. Es menester que la ley diga cómo esos principios han de entenderse, segun los casos posibles; cómo se ha de aplicar su regla suprema, en cada cual de las eventualidades que ofrecerá la práctica.

2. Los cinco *números* de este artículo, y la nota material que les sigue, han tenido ese objeto. Ellos han hecho entender lo que en cada caso ha de tomarse por grados inferiores respecto á aquel por donde se aparta; ellos han ofrecido en evidencia lo que, supuesta la penalidad del delito, corresponde como debida penalidad á sus relativas situaciones de delito frustrado y tentativa, de complicidad y de encubrimiento. Estos artículos son propiamente un *Comentario legal* de los anteriores. Con ellos, no debe haber ya duda de lo que debia verificarse á cada caso en la cuestion de que se trata; sea que efectivamente la resuelvan, sea que, no hallándose *de facto* en ellos, tengamos que resolverla por analogía.

3. Decimos esto, porque hablando en rigor, todos los casos posibles en la práctica no se reducen á los cinco de los *números* y de la *nota.*

4. Estos son:—1.° Cuando la pena—base ó tipo—es una é indivisible. 2.° Cuando es compuesta de dos indivisibles. 3.° Cuando lo es de dos indivisibles y el grado máximo de una divisible. 4.° Cuando es una sola, divisible. 5.° Cuando es una compuesta de tres divisibles.—Ejemplos: los que presentan la *nota* en su primera columna, y que no repetimos por no dilatar innecesariamente.

5. Pero el exámen del Código nos demuestra que pueden ocurrir otros casos.—1.° Cuando la pena—base ó tipo—consista en el máximo de una divisible. 2.° Cuando consista en el mínimo de una divisible. 3.° Cuando consista en una divisible de su grado medio á su grado máximo. 4.° Cuando consista en una divisible, de su grado mínimo á su grado medio. 5.° Cuando comprenda una indivisible, y los grados máximo y medio de otra divisible.—Ejemplos de tales disposiciones nos ofrecerán los artículos 376, 381 y 213 de nuestra ley.

6. La analogía, las mismas reglas de buen sentido y de lógica—(lo primero más aún que lo segundo, pues que fácilmente se puede observar que no hay una lógica rigurosa en las disposiciones de los cinco números del artículo) (1);—estas mismas reglas, decimos, en que nos ha-

---

(1) Las penas que se señalan para los cómplices y encubridores, ó sea para los delitos frustrados y la tentativa, presentan una diferencia notable, comparadas las unas con las otras. A veces se cruzan, por decirlo así, con la penalidad del delito, siendo unos mismos sus grados mayores con los menores de las de éste (número 2.°); á veces, y por lo comun, son enteramente distintas. Esto no aparece como lógico; pero considerado en los hechos particulares, descendiendo á ellos, se conoce, se siente, que es bien entendido y oportuno. Nosotros hemos adoptado la misma idéa en las reglas con que completamos en seguida las aplicaciones legales.

brémos empapado con su estudio y consideracion, nos darán fálcimente el medio de llenar los huecos que resultan por esos nuevos casos, dejados ú omitidos en el comentario legal como ménos importante.

7. Nosotros diríamos sin vacilar: 1.° Cuando la pena señalada al delito consista sólo en el grado máximo de una divisible (art. 376), la correspondiente á los autores de delito frustrado y á los cómplices del delito consumado consistirá en los grados medios y mínimo de la misma; y la correspondiente á los autores de tentativa, y á los encubridores del delito, será la inmediata inferior.

8. 2.° Cuando la pena señalada al delito consista en el grado mínimo de una divisible (art. 376), la correspondiente á sus cómplices y á los autores del delito frustrado será el grado máximo de la inferior siguiente; y la correspondiente á sus encubridores y á los autores de la tentativa, los grados medio y mínimo de esta misma inmediata.

9. 3.° Cuando la pena señalada al delito consista en una divisible, de su grado medio á su grado máximo (art. 381), la correspondiente á sus cómplices y á los autores de delito frustrado será la misma en sus grados, del mínimo al medio; y la correspondiente á sus encubridores y á los autores de la tentativa, será la inferior en sus tres grados.

10. 4.° Cuando la pena señalada al delito consista en una divisible, de su grado mínimo á su grado medio (art. 381), la correspondiente á sus cómplices y á los autores de delito frustrado será el grado mínimo de la misma y el máximo de la inferior inmediata; y la correspondiente á los encubridores y autores de la tentativa, los dos grados restantes, del mínimo al medio, en esta misma inferior inmediata.

11. 5.° por último. Cuando la pena señalada al delito comprenda una indivisible á los grados máximo y medio de la divisible siguiente (artículo 213), la correspondiente á sus cómplices y á los autores de delito frustrado serán los tres grados de ésta; y la correspondiente á los encubridores y á los autores de la tentativa, los tres grados de la que siguiere despues.

12. De manera que completaríamos la nota que se halla en el artículo de la ley, con estos cinco nuevos casos, del modo que sigue:

	Pena del delito.	Pena de cómplices, etc.	Pena de encubridores, etc.
1.er CASO	Arresto mayor en su grado máximo..........	Arresto mayor en sus grados medio y mínimo..	Multa (V. el art. 82).
2.° CASO	Arresto mayor en su grado mínimo...........	Multa..........	Multa.
3.er CASO	Destierro, de su grado medio á máximo.......	Destierro, de su grado mínimo á medio.........	Caucion de conducta.
4.° CASO	Destierro, de su grado mínimo á medio........	Caucion, á destierro en su grado mínimo	Caucion.
5.° CASO	Cadena temporal, en su grado medio á cadena perpétua	Cadena temporal	Presidio mayor.

13. La razones que tenemos para resolver de este modo tales cuestiones, no pueden ser ni más naturales ni más poderosas. Sírvenos de base, en primer lugar, el principio sentado en los artículos 61 y siguientes, al que no puede faltarse por ninguna causa, por ninguna consideracion. Y despues el ejemplo de la misma ley en el artículo que examinamos, la manera con que ella agrupa los diversos grados de los castigos, el espíritu que penetra y anima sus disposiciones, y que se siente aún mejor de lo que puede explicarse; todo nos persuade, y nos hace estar seguros de que hemos sido intérpretes de su mismo pensamiento, al aplicar en estos casos, que ella especialmente no declara, lo que tenia prefijado en comun, y por sus principios generales. La regla nos ha servido de base; la analogía nos ha guiado dentro de su esfera. Parécenos que no hay otras guías, y mucho ménos guias más seguras, en los problemas del derecho.

II.

14. Hemos tratado hasta aquí de explicar y completar lo que comprende el artículo: al presente tenemos que hablar de lo que corresponde á su objeto, pero en lo cual él no se ha ocupado. Nos referimos á la complicidad y encubrimiento del delito frustrado y de la tentativa.

15. En el Comentario de los artículos 61—64 hemos hecho mencion de estas clases de delincuentes, indicando—como lo hacíamos allí con todos los restantes—la proporcion de la penalidad entre ellos y los que ocupan los grados superiores. Mas parecia regular que la ley, que ex-

plica para estos otros en el presente artículo la ya indicada proporcion, no dejase de consagrar una palabra al ménos á las referidas clases, aunque no fuese por otra cosa que por impedir se pusiera en duda ó su existencia, ó la penalidad que les es debida.

16. De cualquier modo, las reglas que contienen los referidos artículos, no pueden perder su carácter ni su efecto, porque en éste, que no lleva otro que el de su Comentario, se haya dejado de aplicarlas. Es verdad que en los delitos frustrados y en las tentativas no serán tan comunes los casos de encubrimiento ni de complicidad; pero al cabo son posibles, y cuando suceden, los preceptos de los artículos 61—64 deben tener su cumplimiento. Observándolos, vamos nosotros á completar la tabla de la ley, poniendo como continuacion de ella lo que en sus cinco casos se debe hacer. De la misma suerte podria adicionarse la complementaria, que hemos añadido en este mismo Comentario. No lo hacemos, porque, despues de la que sigue, podrá hacerlo cualquiera, y no queremos dilatar innecesarias explicaciones.

	Pena señalada al delito.	Pena del cómplice del delito frustrado.	Pena del cómplice de tentativa, y encubridor del delito frustrado.	Pena del encubridor de la tentativa.
1.er CASO...	Muerte (1)...	Cadena temporal (2).....	Presidio mayor.	Presidio menor.
2.º CASO...	Cadena perpétua á muerte..	Presidio mayor en su grado medio, á cadena temporal en su grado mínimo.	Presidio menor en su grado máximo, á presidio mayor en su grado medio. .	Presidio menor.
3.er CASO...	Cadena temporal en su grado máximo á muerte.	Presidio mayor.	Presidio menor.	Presidio correccional.
4.º CASO...	Cadena temporal........	Presidio menor.	Presidio correccional......	Arresto mayor.
5.º CASO...	Presidio menor á cadena temporal......	Arresto mayor á presidio menor........	Multa á arresto mayor......	Multa (3).

17. Véase pues, cómo, siguiendo el ejemplo de la ley, podemos resolver en virtud de sus preceptos todos los casos que se nos presentaren.

(1) Esta columna es la primera de la nota de la ley.
(2) Esta columna es la tercera de la misma nota.
(3) Recordamos que la multa corresponde á todas las escalas (art. 82).

APÉNDICE Á ESTA SECCION.

1. Al concluir esta Seccion, cuyos preceptos y reglas son tan importantes para la aplicacion del Código penal, puede ocurrirnos una duda, que abraza á la mayor parte de sus artículos. Tal es, la de si la doctrina de éstos comprende tambien á las faltas, de la misma manera que á los delitos; ó si, limitándose á ellos solos, no tiene accion ni efecto sobre las primeras. Este, como desde luego se vé, es un punto interesante, en el que no conviene dejar la más ligera incertidumbre.

2. Por lo que hace al hecho frustrado y á la tentativa, las reglas que da esta Seccion evidentemente no pueden tener lugar en las faltas. Ya hemos dicho varias veces, y está consignado desde el art. 5.°, que las faltas no se castigan sino cuando se han consumado. No es de esto, pues, de lo que queremos hablar, sino de la complicidad y del encubrimiento respecto á ellas.

3. Que puede haber en las faltas ese encubrimiento y esa complicidad, es una cosa que dicta la razon, y que está consagrada por la ley. El artículo 11 dice que son responsables de los delitos y *faltas* los autores, los cómplices y los encubridores. Ninguna duda, pues, sobre que existe tal responsabilidad, como sobre que debe tener sus reglas. Ahora: estas reglas, si no las hay especiales para tales hechos, parece que deberian ser las de la presente Seccion.

4. Registrado el libro de las faltas, donde únicamente podrian estar, encontramos en efecto el artículo 501, que habla de la penalidad de los cómplices de aquellas; pero no encontramos ninguno donde se trate del encubrimiento. La ley ha padecido este descuido. Y le calificamos de tal, porque si no lo fuera, si hubiese tenido el intento de que estos artículos se aplicasen por extension á las faltas, no se habria ocupado de los cómplices en el que acaba de citarse. Una de dos: ó establecer para ellas un especial derecho, ó extenderlas el derecho establecido para los delitos. En este caso, ni hablar de cómplices ni de encubridores; en aquel, hablar de los unos y de los otros.

5. Mas este descuido, que lo es sin duda ninguna—y ¿cómo en una obra tan larga y complicada no habria de caerse en ellos alguna vez?—este descuido no puede ser parte, para que queden sin penar los encubridores de faltas que lo merezcan. Que lo merezcan, decimos, porque puede haber algunas tan insignificantes, que ni la sociedad tanga interés, ni el Ministerio público deba ocuparse, en perseguir á sus encubridores. Cuando por el contrario reclamen y exijan castigo, no se deberá olvidar que la ley en principio la autoriza, y que por sus reglas generales, cuando no por las especiales, se puede hallar medio de imponerlo. El encubridor ha de ser penado con un grado ménos que el cómplice; y respecto á éste, ya hemos dicho que el art. 501 regula la aplicacion de la penalidad.

SECCION SEGUNDA.

Reglas para la aplicacion de las penas en consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes.

Artículo 67.

«Las circunstancias atenuantes ó agravantes se tomarán en consideracion para disminuir ó aumentar la pena, en los casos y conforme á las reglas que se prescriben en esta Seccion.»

COMENTARIO.

1. En la Seccion precedente tratábamos de señalar la escala de rebaja que debia hacerse en las penas, por la frustracion ó conato del hecho, y por la complicidad ó encubrimiento en el crímen; tomando como punto de partida el verdadero delito, y el autor ó autores que lo perpetraran. En esta escala se descendia por grados completos, y de unas penas á otras. La relacion era entre un castigo y los castigos siguientes. Toda la escala estaba á nuestra disposicion.

2. En el punto á que hemos llegado, es de otra cosa de lo que ordinariamente se trata. La agravacion y la atenuacion que producen en la pena estas circunstancias del delito, por lo comun no nos hace salir de la pena misma. Discurrimos dentro de un grado solo, de un castigo de los de la escala, de una penalidad, simple ó compuesta, de las señaladas en la ley; pero de una sola, única, sin relacion con las demás. La ley señala tal castigo para tal crímen. Lo que le agrave hará que deba escogerse en él un punto alto, hasta el más alto si fuese preciso; lo que lo atenúe hará que deba escogerse un punto bajo, hasta el inferior si hubiese razon para ello; pero ni por la agravacion ni por la atenuacion se podrá salir del grado en que está la pena, para subir ni para descender un punto por la escala. Tal es el principio general, salvas las excepciones, que son, á la verdad, numerosas.

3. En esto se diferencia nuestro sistema de las circunstancias agravantes y atenuantes del establecido en la antigua legislacion. En aquella los principios estaban oportunamente consignados; pero la aplicacion era desordenada, arbitraria, confusa. Decíase que se habia de rebajar ó aumentar la pena, pero no se daban reglas para hacerlo. El poder judicial era desmedido y sin criterio alguno.—Ahora, ese poder discrecional se ha conservado en algunos casos; y tambien en algunos otros se ha pasado

más allá de esas reglas que acaban de indicarse; pero esto no quita ni la subsistencia de las mismas reglas y su aplicacion á los casos comunes, ni que esas excepciones estén previstas y ordenadas tambien, para que sólo quede á la arbitrariedad lo que de ningun modo puede arrancársele, cualesquiera que sean las instituciones humanas.

Artículo 68.

«No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyan un delito especialmente penado por la ley, ó que ésta haya expresado al describirlo ó penarlo.

»Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherente al delito, que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.»

COMENTARIO.

1. La primera parte de este artículo es sumamente sencilla de suyo. Cuando los accidentes de un delito lo constituyen en otro, ya no es el primero con circunstancias agravantes; es el segundo simplemente. Cuando esas circunstancias, ellas solas, forman un nuevo crímen, tambien dejan de ser accidentes de otro, para ser estimadas lo que legalmente y en realidad son.—El envenenamiento y el incendio son, en principio, circunstancias del homicidio; pero la ley las ha hecho delitos especiales, y bajo este aspecto se les ha de considerar y castigar. Esto no ofrece ni dificultad ni duda: ni áun hubiera sido necesario declararlo.

2. La segunda parte es más importante y más difícil. Su precepto satisface tambien á la razon; pero no debe ocultarse que dará lugar á muchas disputas y á largas incertidumbres.

3. La premeditacion, por ejemplo, es una de las circunstancias agravantes que en abstracto reclaman más aumento de castigo. Pero, ¿no habrá mil casos en que la premeditacion será una necesidad de la clase de crímen que se cometiera? ¿No habrá otros mil en que podrémos dudar si era tal necesidad efectiva, ó si ha sido sólo una circunstancia? Lo primero lo tenemos en el conspirador político; sin premeditacion no es posible este crímen. Lo segundo se nos presenta en muchos actos de fuerza material, en el envenenamiento, en el delito del sal-

teador de caminos. ¿Era allí la premeditacion una cosa, ó era otra?—Cuestion grave, y en general irresoluble; cuestion que se habrá de considerar en cada caso; cuestion sobre la cual no puede hacer más que enunciarla la ley, y remitirla en cada hecho á los tribunales para que la resuelvan. Sus principios son justos: la aplicacion de ellos, difícil cuanto necesaria, es menester dejarla á la prudencia del buen sentido.

4. Lo mismo que en el punto de la premeditacion puede suceder en el de otras circunstancias agravantes. La dificultad es general, y el arbitrio para resolverla no puede ser sino uno mismo en todos ellos.

Artículo 69.

«Las circunstancias agravantes ó atenuantes que consistan en la disposicion moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido, ó en otra causa personal, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad de solos aquellos autores, cómplices ó encubridores, en quienes concurran.

»Las que consistan en la ejecucion material del hecho, ó en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la accion, ó de su cooperacion para el delito.»

CONCORDANCIA.

Cód. napol.—*Art.* 76. *Las circunstancias personales que agraven la pena de un cómplice ó de uno de los autores del crímen, ó que los eximan de responsabilidad, no aprovecharán ni perjudicarán á los restantes.*

Art. 77. *Las circunstancias materiales que agravan la pena de un crímen sólo perjudicarán á los autores ó cómplices que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la accion, ó de su cooperacion real para el crímen.*

COMENTARIO.

1. Un hecho punible ejecutado por varias personas puede no ser el mismo para todas ellas. Cabe que uno de los concurrentes tenga en favor suyo causas de justificacion, que otro las tenga de excusa, otro de atenuacion, otro de agravacion, que otro, en fin, no las cuente de ningun género. En semejante caso, á los dos primeros se eximirá de toda pena; para el tercero habrá disminucion de la legal; y por último, se aumentará en lo posible para el cuarto. Esto se concibe bien, y está sucediendo todos los dias. Lo raro, ó cuando ménos lo no comun, es que entre varios autores ó cómplices de un solo delito, sea igual la responsabilidad, sea igual la pena que haya de imponérseles.

2. En este artículo ha querido consignar la ley una parte de la doctrina que anunciamos, si bien contrayéndola sólo á las circunstancias atenuantes y agravantes.—Cuando tales circunstancias, ha dicho, afectan sólo á la situacion personal de uno de los delincuentes, sólo á aquel delincuente es al que aprovechan ó dañan; cuando no dicen relacion á las personas, sino á los hechos mismos, ó á sus medios de ejecucion, entónces sólo tendrán efecto en los que obraron con conocimiento de tales circunstancias, y no con ignorancia de las mismas.

3. Los ejemplos de lo primero son tan óbvios que cualquiera los formará. La provocacion en sus diferentes formas, la embriaguez, la minoría de edad, el parentesco, la premeditacion, el precio ó paga del delito, la reincidencia, y mil otros que pudiéramos decir.

4. A los ejemplos de lo segundo no serán tan comunes; pero tampoco son difíciles. Es caso de agravacion el cometer el delito en lugar sagrado, etc. Pues bien: el reo podia ignorar semejante circunstancia del lugar en que delinquiera. Es caso de agravacion el de cometer el delito con armas prohibidas por los reglamentos. Pues bien: el reo podia ignorar estuviese de hecho prohibida aquella de que hacía uso.—La verdad es que en todos estos casos ha faltado una parte de la *intencion*, el conocimiento que se referia á la circunstancia agravante. Es por tanto una consecuencia de la doctrina fundamental de la criminalidad, la que impide que se verifiquen aquí los efectos de tal circunstancia.

5. Una observacion queremos hacer. La ley habla en el párrafo segundo de este artículo tanto de circunstancias atenuantes como de circunstancias agravantes. Nosotros, que en estas últimas comprendemos su doctrina y podemos multiplicar los ejemplos, no la comprendemos ni hallamos ninguno que pueda referirse á las primeras. ¿Es torpeza nuestra ó ligereza de la ley?

Artículo 70.

«En los casos en que la ley señala una sola pena indivisible, la aplicarán los tribunales sin consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurran en el hecho.

»Cuando la ley señale una pena compuesta de dos indivisibles, los tribunales impondrán la mayor, á no ser que concurra alguna circunstancia atenuante.

»Se exceptúan de estas disposiciones los casos de que se trata en los artículos siguientes.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 94 de la reforma de 1832. *Las penas pronunciadas por la ley contra el acusado ó acusados reconocidos culpables, en cuyo favor haya declarado el jurado circunstancias atenuantes, se modificarán del modo siguiente: Si la pena pronunciada por la ley es la de muerte, el tribunal aplicará la de trabajos forzados perpétuos ó temporales; pero si se trata de crímenes contra la seguridad exterior ó interior del Estado, el tribunal aplicará la pena de deportacion ó detencion..... Si la pena es la de trabajos forzados perpétuos, el tribunal impondrá la de trabajos forzados temporales ó la de reclusion.....*

Cód. austr.—*Art.* 42. *Para la agravacion de la pena no se puede ni cambiar su naturaleza, ni traspasar el máximum de su duracion que prescribe la ley.*

Art. 43. *Respecto á los delitos que la ley castiga con pena de muerte, no há lugar á agravacion alguna.*

COMENTARIO.

1. El primer párrafo de este artículo declara en verdad lo que nosotros no creyéramos que debia declarar nuestro Código; á saber, que en ciertos delitos no puede haber nunca circunstancias atenuantes.

2. No cabe duda en nuestra interpretacion. Circunstancias atenuantes que no atenúan, que para nada sirven, no merecen de seguro aquel nombre: serian una ilusion, no serian nada.

3. Verdad es que los delitos á que se refiere el párrafo son por una parte crímenes atroces, y por otra no pueden ser hechos comunes. Pero lo confesamos: ni en la traicion ni en el regicidio creemos nosotros que deban denegarse aquellas circunstancias. Más bien las negáramos nosotros en el parricidio, en el cual las admite la ley, pues impone un castigo compuesto de dos. No debian haberse llevado á tal extremo nuestra lealtad ni nuestro monarquismo. La expresion de aquella es, sobre todo, excesiva.

4. El código francés, á quien no ha borrado completamente su severidad la reforma de 1832, ha dispuesto, sin embargo, que cuando la ley impone la pena de muerte, y el jurado reconoce circunstancias atenuantes, se rebaje la penalidad en uno ó dos grados. En dos no la habríamos bajado nosotros; pero en uno sí, aunque faltásemos, en este caso más, á la regla artística que hemos expuesto en nuestro Comentario precedente. O más bien: no hubiéramos nunca impuesto la pena de muerte, sola, y sin acompañarla con la de trabajos perpétuos, ni áun en los delitos de los artículos 139 y 160.

5. Pasemos á la segunda disposicion del presente.—Segun ésta, cuando la ley hubiese señalado una pena compuesta de dos indivisibles—(cadena perpétua á muerte por ejemplo)—se impondrá la inferior en el caso de haber circunstancias atenuantes, y la mayor cuando no las hubiere. En este caso, la agravacion del delito, caso que la haya por alguna de las circunstancias del artículo 10, no produce agravacion de penalidad.

6. Semejante principio es asimismo una desviacion de las idéas capitales de este Código, en las que entra, y muy justamente, lo agravante, como una condicion ordinaria de los crímenes y de los castigos. Convendrémos, empero, en que no repugna tanto su supresion parcial en algunos hechos como la supresion de lo atenuante. El legislador, por cualesquiera motivos, puede prescindir de lo primero más bien que de lo segundo: la severidad no es tan necesaria en sus actos como la humanidad.

7. De todos modos, la regla que prefija este segundo párrafo del artículo es clara y comprensible. Esa separacion en dos condiciones de pena, compuestas, la inferior, del delito con circunstancias atenuantes, y la superior, del delito sin ellas, sea que las tenga ó que no las tenga agravatorias, es un hecho en cuya práctica no debe ocurrir dificultad alguna. El juicio que del precepto se forma, no oscurece de seguro al mismo precepto.

8. Pero á nosotros nos parece que la idéa de la ley ha sido más general que su expresion. Segun ésta, el caso se refiere sólo á cuando la pena legal está compuesta de dos indivisibles. Tales son las del ejem-

plo que hemos citado: cadena perpétua á muerte. ¿No será lo mismo cuando la pena se componga de dos grados de una divisible,—por ejemplo, destierro de su grado medio á máximo (art. 384)? ¿No se deberá imponer el grado menor siempre que existan las circunstancias atenuantes, y el mayor cuando no existieren?

9. Esto no ofrece duda. Los grados de una pena valen tanto como las penas indivisibles que concurren para formar un castigo entero: lo que de estas últimas dice aquí la ley, se aplica natural y necesariamente á los otros. No puede ser de distinta suerte, y sin embargo, mejor habria sido usar de una locucion genérica, como la que para un precepto semejante se ha empleado en el art. 74.

10. Los dos principios que acabamos de examinar son reglas generales, pero no absolutas. El artículo concluye indicando como excepciones de ellas las contenidas en los tres siguientes.

Artículo 71.

«Cuando no concurran todos los requisitos que se exigen en el caso del *número* 8 del artículo 8 para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el artículo 480.»

COMENTARIO.

1. El artículo 480, único del título 15 del libro segundo del Código, trata de la imprudencia temeraria, y pena los actos que caen bajo esta calificacion. El *número* 8 del artículo 8 eximia de responsabilidad al que ejecutando un acto lícito, *con la debida diligencia*, causase un mal por mero accidente. Con esta sola confrontacion se vé que si ha faltado en efecto alguna parte de la *debida diligencia*, es natural que se haya caido en imprudencia temeraria.

2. Supuesto que la ley nos remite aquí para la penalidad al título 15 del libro segundo, para el mismo lugar remitimos nosotros todas las cuestiones, ya de doctrina, y ya de práctica, que suscita este general y referente precepto.

Artículo 72.

«Al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad, por haber declarado el tribunal

que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo ménos á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido.

»Al mayor de quince años, y menor de diez y ocho, se aplicará siempre, en el grado que le corresponda, la pena inmediata inferior á la señalada por la ley.»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 8, tít. 31, P. VII..... Et si fuesse mayor desta edat (diez años y medio) é menor de diez y siete años, débenlo menguar la pena que darian á los otros mayores por tal yerro.*

Nov. Recop.—*L. 3, tít. 14, lib. XII.—Reconociendo con lastimosa experiencia la reiteracion con que se cometen en mi Córte y caminos inmediatos y públicos de ella los delitos de hurto y violencias..... he resuelto..... que á cualquiera persona que teniendo diez y siete años cumplidos, dentro de la Córte y en las cinco leguas de su rastro..... le fuere probado el haber robado á otro..... se le deba imponer pena capital.... que si el reo de semejante delito no tuviere la edad de diez y siete años cumplidos, y excediere de los quince, se condene en la pena de doscientos azotes y diez años de galeras; y que, pasados, no salga de ellas sin mi expreso consentimiento.....*

Cód. franc.—*Art.* 67, reformado en 1832 (36). *Si se declarase que* (el menor de diez y seis años) *ha obrado con discernimiento, se impondrán las penas del modo siguiente:*

Si ha incurrido en la pena de muerte, trabajos forzados perpétuos, ó deportacion, será condenado á la de veinte años de prision en una casa de correccion.

Si en la de trabajos forzados temporales, ó reclusion, será encerrado en una casa de correccion por un tiempo igual, de el tercio á la mitad de aquel, que le hubiera correspondido en tales penas.

En todo caso, podrá imponérsele en la sentencia la pena de sujecion desde cinco hasta diez años á la vigilancia de la alta policía.

Si hubiere incurrido en las penas de degradacion cívica ó extrañamiento,

será condenado á la de prision, en una casa de correccion, de un año á cinco años.

Art. 69, igualmente reformado (38). *En todos los casos en que el menor de diez y seis años no hubiere cometido sino un simple delito* (contrapuesto á crimen), *la pena que se pronuncia contra él no podrá exceder de la mitad de la que se le impondria teniendo los diez y seis años.*

Cód. austr.—Segunda parte. *Art.* 29. *Los impúberos que cometan infracciones de la primera especie* (delitos), *serán castigados con el encierro, en una casa de reclusion separada, desde un dia hasta seis meses, segun la gravedad de las circunstancias; cuya pena puede agravarse con el ayuno, el castigo corporal ú otro trabajo duro.*

Art. 31. *Al castigo que se imponga al impúbero debe añadirse siempre un trabajo proporcionado á sus fuerzas, y una instruccion oportuna, valiéndose de un párroco ú otro eclesiástico.*

Art. 32. *Las infracciones de la segunda especie* (contravenciones de policía) *quedan en general reservadas á la correccion doméstica, y en su defecto á la del magistrado de policía.*

Cód. napol.—*Art.* 65. *Si tratándose de un delito se hubiere declarado que el mayor de nueve años y menor de catorce ha obrado con discernimsento, se impondrá la pena de reclusion, en lugar de las de muerte,* ergástolo, *y cadena del cuarto y tercer grado.*

La reclusion se sufrirá en la casa de correccion.

Si ha incurrido en otras penas criminales, se le impondrá el primero ó segundo grado de prision.

Si ha incurrido en penas correccionales, se le impondrán las de policía.

Art. 66. *Cuando el culpable sea mayor de catorce años y menor de diez y ocho, se le impondrá el tercer grado de cadena en presidio, en lugar de las penas de muerte, del* ergástolo, *y del cuarto grado de cadena.*

Todas las demás penas se impondrán disminuidas de uno á dos grados, y la cadena se cumplirá siempre en presidio.

Sólo los parricidas sufrirán la pena de muerte, cuando hayan cumplido la edad de diez y seis años.

Cód. brasil.—*Art.* 13. *Cuando se pruebe que los menores de catorce años, autores de algun crímen, han obrado con discernimiento, deberán ser encerrados en una casa de correccion por el tiempo que el juez determine, pero que nunca excederá del que les falte para cumplir diez y siete años.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 24. *Si se declarase haber obrado sin discernimiento y malicia el menor de diez y siete años, no se le impondrá pena alguna, y se entregará á sus padres, abuelos, tutores ó curadores, para que le corrijan y cuiden de él; pero si éstos no pudieren hacerlo, ó no merecieren confianza, y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requiriesen otra medida al prudente juicio del juez, podrá éste ponerlo en una casa de correccion por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad.*

Art. 25. *Si se declara haber obrado con discernimiento y malicia, se le castigará con la cuarta parte á la mitad de la pena señalada al delito, segun lo que se prescribirá en los arts. 64 y 65.*

Art. 64. *En ningun caso se podrá imponer pena de muerte ni de trabajos perpétuos, deportacion, presidio, obras públicas, infamia ni destierro, al que, cuando cometió el delito, fuere menor de diez y siete años.*

Art. 65. *El menor de diez y siete años, en el caso de incurrir con discernimiento y malicia en delito de pena capital ó de trabajos perpétuos, sufrirá la de quince años de reclusion. Si el delito mereciese deportacion ó destierro perpétuo del reino, sufrirá diez años de reclusion: si obras públicas, presidio ó reclusion, sufrirá en ésta la cuarta parte á la mitad del tiempo respectivo; si infamia ó destierro de lugar determinado, uno á tres años en casa de correccion; si prision, confinamiento ó arresto, la cuarta parte ó la mitad del tiempo respectivo: pudiendo el juez imponérsele, si fuere más conveniente, en una casa de correccion.*

COMENTARIO.

1. La circunstancia de la edad no ha podido ser considerada por la ley como el mayor número, como la generalidad de las atenuantes. La ha mirado cual de un carácter distinto de aquellas otras, y ha dictado para ella particularísimas reglas.

2. Hemos visto en el artículo 70 que cuando la penalidad de un crímen se compone de un solo é indivisible castigo, las circunstancias atenuantes comunes no consiguen ningun beneficio para el que está con

ellas señalado: hemos visto, en el mismo, párrafo 2.°, que cuando el castigo se compone de los indivisibles tambien, todo lo que aquellas producen es que se imponga el inferior, y no el superior de éstos. Verémos en el art. 74 disposiciones que siguen el mismo espíritu, para los casos en que la penalidad se compone ó de los tres grados de una pena, ó de tres indivisibles, que constituyen un grupo semejante. La atenuacion, salvo en excepciones rarísimas, no desciende de la misma penalidad; y si acaso, en esas propias desciende, es sólo á la pena inmediatamente inferior.

3. Aquí, tratándose de los menores, es la ley mucho más benigna. Cuando excedan ya de quince años, caso el ménos favorable, preceptúa que la penalidad se rebaje al castigo inferior. Adviértase que no se trata de un sólo grado en la misma pena, sino de la pena siguiente en el órden de la escala. Si la normal del delito es cadena perpétua, la de este supuesto será cadena temporal: si aquella es cadena temporal, ésta será presidio mayor.—Pero si el menor no llegare á quince años, y el tribunal hubiese declarado que obraba con discernimiento, no sólo será más baja la pena, sino que el máximum no ha de exceder nunca de dos penalidades por bajo de la normal del crímen. Bajo ese nivel, los tribunales obrarán discrecionalmente. Toda la escala, y áun todas las escalas, están á su disposicion, para que busquen en su prudencia un castigo oportuno, con tal que no suban nunca del segundo escalafon inferior en la série descendente de la ley. Hácia abajo, tienen completa libertad; hácia arriba, tropiezan con ese límite. Si la pena normal era la muerte, la de ese menor no podrá exceder de cadena temporal: si era la de cadena temporal, no podrá exceder de la de presidio menor. En el sentido inverso, descendiendo, todas son posibles, hasta el arresto, la caucion y la multa.

4. No creemos que en ningun otro artículo del Código se dé una latitud mayor al poder de los tribunales. Y sin embargo, esa latitud es necesaria. Desde el principio del discernimiento hasta la criminalidad completa, la distancia es inconmensurable: y áun la criminalidad completa, en quien no llega á los quince años, no puede ser penada como la criminalidad de un hombre.—Así, todos los códigos han rebajado mucho sus castigos por razon de la edad: así, alguno de ellos, como lo es el de las Partidas, ha dejado completamente este caso al recto y prudente arbitrio del juez.

5. En el segundo párrafo de este artículo se encuentra un inciso ó frase, que de seguro puede dar lugar á dudas, pues que las ha producido ya de hecho en algun Comentario. Tal es la de «*en el grado que le corresponda,*» que usa la ley, cuando prefija que al mayar de quince años se rebaje una penalidad en la escala, respecto á la comun ó ordinaria del delito.

6. A nosotros nos parece que la dificultad que se ha encontrado en esto consiste en haber mirado este artículo 72 sólo como una excepcion

del 71, y no como una regla general, que abraza tambien en su supuesto los casos del 74. Juzgándola de este otro modo, toda incertidumbre acaba y desaparece.

7. En efecto, si sólo se hubiese de rebajar por el presente artículo la penalidad de los menores cuando la normal fuese de castigos indivisibles, y sobre todo de un castigo indivisible, entonces la expresion *«en el grado que les corresponda»* no tendria ninguna natural inteligencia. Pero si la penalidad normal se compone de distintos grados, y si la del menor ha de reducirse al castigo siguiente de la escala, que sin duda los tendrá tambien, puesto que las indivisibles son las supremas, claro está que aquella frase tiene una natural y necesaria explicacion, y que nada puede ocurrir que turbe ni embarace su sentido. La pena normal era de presidio mayor en sus tres grados; la del menor en cuestion ha de ser de presidio menor en los tres mismos. Si, aparte la consideracion de su edad, debió imponerse en aquel grado medio del primero, habida esta consideracion procederá el grado medio del segundo. Las demás circunstancias agravantes ó atenuantes que hubieren sucedido, serán las que fijen ese grado que corresponda.

8. Por lo demas, á nosotros no nos cabe duda en que este artículo es tanto una excepcion del 74 como del 70. Es la regla general cuando se trata de menores: es la que establece el derecho sobre esta circunstancia atenuante. Su expresion no permite pensar de otro modo.

Artículo 73.

«Se aplicará asimismo la pena inmediata inferior á la señalada por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable, por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el art. 8.°, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que estimen correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten ó concurran.

»Esta disposicion se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 71.»

COMENTARIO.

1. El artículo 71 hablaba del supuesto en que faltase alguna cosa á lo que exige el *número* 8 del art. 8 para eximir de responsabilidad: éste habla del en que falten á lo que exigen los demas *números* del propio artículo 8.—Allí se referia la ley al título de las imprudencias temerarias; aquí dicen que cuando ocurran semejantes hechos, que el artículo 9 califica de circunstancias atenuantes, se ha de rebajar un número en la escala de la penalidad. Es el mismo precepto que para el mayor de quince años y menor de diez y ocho.

2. Mas para que se haga esta rebaja, y no se quede sujeto á las reglas generales (arts. 70 y 74) es menester que concurran la mayor parte de los requisitos justificativos que señala el 8, y que falten por el contrario los que son ménos, ó tienen una importancia menor.

3. Decimos esta última palabra, porque aquí, como en todas las cuestiones morales, la calidad es superior á la cantidad, la razon es más atendible que el número. Todos los requisitos en que aquel artículo se señalan no son del mismo mérito: y sería un error evidente el compararlos como unidades abstractas, olvidándose del verdadero carácter de cada uno.—Sobre este particular nos referimos á nuestros Comentarios de los artículos 8 y 9. La doctrina en ellos enunciada, y la conciencia general, y el buen sentido de los tribunales, discernirán lo que no ha dicho, porque no podia decirlo, la ley.

4. Esta ha señalado las bases con exactitud. Cuando concurren todos los requisitos que el primero de dichos artículos prefija, entonces hay completa justificacion, y se extingue la responsabilidad. Cuando no concurren todos, pero sí algunos, hay circunstancias atenuantes. Si los que concurren, tienen ménos importancia que los que faltan, la penalidad se ha de regir por las reglas comunes de tales circunstancias, á saber, por los artículos 70 y 74. Si, por el contrario, los que concurren son más graves y atendibles, entramos de lleno en el caso de este artículo. La pena se rebaja un número en la escala. En vez de cadena perpétua se aplica cadena temporal; en vez de presidio mayor, presidio menor. Y áun en este castigo á que se recurre, cabe la distincion de grados, máximo, medio y mínimo, segun se va adelantando hácia la justificacion ó hácia la culpabilidad completas. Al juez se le fijan los motivos que han de dirigirle y el sentido en que ha de proceder, y se le deja en seguida la libertad para que raciocine y se mueva dentro de tal esfera.—Verdaderamente que con nuestro Código los tribunales no han de ver su inteligencia entumecida ni apagada. No son soberanos, pero no son máquinas, no son autómatas tampoco.

Artículo 74.

«En los casos en que la pena señalada por la ley contenga tres grados, bien sea una sola pena divisible, bien sea compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forma un grado con arreglo á lo prevenido en los artículos 83 y 84, los tribunales observarán para la aplicacion de la pena, segun haya ó no circunstancias atenuantes ó agravantes, las reglas siguientes:

»1.ª Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes, impondrán la pena señalada por ley en su grado medio.

»2.ª Cuando concurriere sólo alguna circunstancias atenuante, la impondrán en el grado mínimo.

»3.ª Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en el grado máximo.

»4.ª Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designacion de la pena, graduando el valor de unas y otras.

«5.ª Cuando sean dos ó más, y muy calificadas, las circunstancias atenuantes, y no concurra ninguna agravante, los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley, en el grado que estimen correspondiente, segun el número y entidad de dichas circunstancias.

»6.ª Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo.

»7.ª Dentro de los límites de cada grado, los tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideracion al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes, y á la mayor ó menor extension del mal producido por el delito.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 94 de la reforma de 1832. *Cuando declarase el jurado la existencia de circunstancias atenuantes en favor de alguno ó algunos culpables, las penas que determina la ley se modificarán en esta forma: —Si fuere la de deportacion, se aplicará la de detencion ó extrañamiento. Si es la de trabajos forzados temporales, se aplicará la de reclusion ó las que prescribe el art.* 401 (prision de uno á cinco años y multa de 16 á 500 francos); *pero sin que la prision exceda de dos años. Si fuere la de reclusion, detencion, extrañamiento, ó degradacion cívica, se aplicarán las penas del mismo art.* 401, *sin que la prision exceda de un año. Cuando en el Código se impone el máximo de una pena aflictiva, y existan circunstancias atenuantes, el tribunal aplicará el mínimo de la pena, el cual puede bajarse hasta la pena inferior. En los casos en que impone la pena de prision ó la de multa, quedan autorizados los tribunales correccionales, siempre que aparezcan circunstancias atenuantes, para reducir la prision, áun en caso de reincidencia, á ménos de seis dias, y la multa á ménos de* 16 *francos: pudiendo tambien imponer separadamente una ú otra de esas penas, y áun sustituir la multa con la prision, sin que en ningun caso pueda ser menor que las penas de simple policía.*

Cód. austr.—*Art.* 47. *En los demas delitos* (los que no sean de muerte ó prision perpétua) *no podrá el juez por razon de las circunstancias atenuantes cambiar ni la naturaleza de la pena, ni la medida legal de su duracion, sino únicamente acortar los límites fijados por la ley.*

Art. 48. *Respecto á los delitos que la ley castiga con prision que dure ménos de cinco años, puede, no sólo cambiarse aquella por otra pena más leve, sino reducirla á ménos tiempo que su duracion legal, cuando existan circunstancias atenuantes de tal género que hagan esperar con fundamento la enmienda del culpable.*

Art. 49. *Además, respecto de los delitos cuya pena legal no excede de cinco años, debe tomarse en cuenta para su aplicacion la inocencia de la familia, y reducir la duracion de la pena segun el perjuicio que pudiera ésta causar á sus medios de subsistencia; pero al mismo tiempo se agravará la pena con el ayuno ó azotes, de manera que el castigo se haga más sensible, segun la mayor duracion que debiera tener aquella.*

Segunda parte.—*Art.* 26. *En los casos previstos por este Código no puede imponerse pena alguna sino con sujecion á las reglas que en él se fijan. Nunca puede pronunciarse una pena mayor ó menor que las que*

como máximo ó mínimo se señalan. El juez, en su direccion, hará uso, segun las circunstancias, de la latitud que se le deja en los límites de cada pena.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 102. Al delito en primer grado se aplicará el máximum de la pena señalada en la ley, pudiendo el juez de derecho disminuirlo hasta una sexta parte ménos del total.*

Al delito en segundo grado se aplicará el término medio del mínimo y máximo señalados por la ley, pudiendo el juez de derecho aumentar ó disminuir el término medio hasta una sexta parte del máximo.

Al delito en tercer grado se aplicará el mínimo, ó se aumentará éste hasta una sexta parte más, del máximo señalado en la ley, dejándose este arbitrio al prudente juicio de los jueces de derecho, segun la mayor ó menor gravedad que resulte.

COMENTARIO.

1. Este artículo 74 es la regla general para la aplicacion de las penas, respectivamente á sus circunstancias simples, agravantes ó atenuantes. Los anteriores desde el 70 al 73, son verdaderos casos de excepcion, supuesto que en el sistema de nuestra ley es lo comun que las penas se compongan de tres grados, y que sólo en casos poco numerosos es cuando se componen de dos ó de uno.

2. Semejante sistema es plenamente aprobado por la razon. Por él se consigue lo que hemos presentado ántes de ahora como el *desideratum* de la justicia criminal. Ni se entrega la pena al arbitrio de los jueces, de modo que ese arbitrio sea libre, de modo que ella sea completamente desconocida de antemano, ni tampoco se prescinde de toda consideracion moral, reduciendo aquellos á una pura máquina, y nivelando bajo una inflexible regla actos que, aunque homogéneos, no son idénticos. El presente recurso es el que mejor concilia la fijeza y la movilidad de los castigos. La ley es su regla; pero dentro de ella cabe la prudente accion de los tribunales.

3. Ha habido épocas en que se ha pretendido lo contrario; las ha habido en que sacrificándolo todo á una igualdad nominal, se queria convertir á los jueces en meros autómatas, sin discernimiento ni poder. El resultado de tal doctrina era la igualdad más horrorosa. El resultado era un despotismo más repugnante que la arbitrariedad misma. Por lo que á nosotros toca, lo decimos sin ningun rebozo, mejor queremos la soberanía de los tribunales con todos sus peligros, que la inflexibilidad de las leyes, unida á la indivisibilidad de las penas. Afortunada-

mente, repetirémos, la fijeza y la discrecion están unidas de un modo satisfactorio en nuestro Código. Sus penas son casi todas divisibles, y casi todas tambien están presentadas y aplicadas en los tres grados, máximo, medio y mínimo.

4. En lo que respecta al precepto, de por sí, el artículo que examinamos está escrito con tanta claridad como prudencia, y satisface á la multitud de hechos ó combinaciones que se pueden presentar.—Sin embargo, como medio de confrontacion, vamos á suponer un acontecimiento real, y á ver prácticamente de qué modo se aplicaria en él el artículo.

5. Supongamos que A ha recibido un golpe de B con un palo ó baston; con cuyo golpe se le ha quebrado un brazo. ¿Qué pena es la que al delincuente B debe imponérsele?

6. El hecho sucedió en una riña. No se puede decir que ninguno tuviese conocidamente más razon que el otro, porque era una cosa fútil sobre la que se disputaba. Ambos eran de una misma edad. Acalorados con la disputa, B levantó su baston, y dando fuertemente á su contrario, le causó una lesion que le deja impedido perpétuamente. No hay, pues, ni circunstancias agravantes ni circunstancias atenuantes.

7. Si abrimos el Código por el capítulo de las lesiones, encontrarémos que las de semejante naturaleza se castigan (art. 343) con la pena de prision mayor. Por el artículo 26 hemos visto que la prision mayor dura de siete á doce años. Por el 83 verémos, últimamente, que en esa prision, el grado mínimo dura de siete á ocho años, el medio de nueve á diez, el máximo de once á doce.

8. Ahora bien: la regla 1.ª del que examinamos dice: que cuando no hay circunstancias ni agravantes ni atenuantes, se impondrá la pena de delito en su grado medio. Luego á B que rompió el brazo á A de la manera que queda indicada, se deben imponer de nueve á diez años de prision.

9. Pero ¿nueve ó diez?—podrá replicarse. ¿Es entera y libremente árbitro el tribunal, dentro de ese segundo término?—La regla 7.ª nos lo declara. La mayor ó menor extension del mal producido debe ser la regla dentro de esa esfera, á fin de mostrarse más ó ménos rigoroso. La pérdida de un brazo es una lesion muy considerable, mucho más que otras lesiones análogas; pero áun en ella misma pueden señalarse diferencias. Hecha á un jornalero es más grave que hecha á un propietario. En el primer caso, pues, deberia señalarse mayor castigo que en el segundo; en aquel corresponderán los diez años; en éste corresponderán los nueve.

10. Pero modifiquemos un poco el caso. B, resentido sin motivo del A, y dispuesto á causarle un mal físico, le busca, le persigue, no descansa hasta encontrarle; y luego que le encuentra, le asesta el golpe, de que se sigue la pérdida del brazo. Ha habido premeditacion: hay por consiguiente circunstancia agravante.—¿Qué pena corresponderá?

11. La regla 3.ª nos lo dice: el máximum de la pena; de once á doce años de prision. Si han de ser once ó han de ser doce, la regla 7.ª, de que ya hemos hablado, es la que lo declara.

12. Por el contrario: A insulta á B, y le dijo uno de aquellos denuestos que encienden la sangre de los hombres más templados: díjole que su padre era un ladron. Oyéndolo, B cogió un palo que se hallaba próximo, y le rompió el brazo con él. Hay una circunstancia atenuante, una sola.—¿Qué pena será la que deba imponerse?

13. La regla 2.ª fija en este caso el derecho: la pena se ha de imponer en su grado mínimo; la prision no pasará de siete á ocho años. Si han de ser ocho, ó si han de ser siete, á la regla 7.ª es á la que corresponde fijarlo.

14. Hubo más aún que el llamar A ladron al padre de B. Al oirlo éste, se hallaba ébrio. La ófensa fué pública y tan considerable como lo pudo ser. Hubo más de una circunstancia atenuante: la embriaguez en el uno; la ofensa, el desprecio, la afrenta por parte del otro; graves y cuasi irresistibles motivos. ¿Cuál será la penalidad?

15. Segun la regla 5.ª, la inferior y la del caso ordinario; es decir, la prision menor, la prision que dura de cuatro á seis años, y en el grado mínimo, medio ó máximo, 4,—5,—6, que, segun la regla 7.ª, estime el tribunal oportuno.

16. El caso se complicó más. Hubo una ofensa, pero hubo tambien premeditacion: la primera, circunstancia atenuante; la segunda, circunstancia agravante.—La regla 4.ª previene que se compensen la una con la otra, y que quede la penalidad como delito simple. En este caso, el castigo debe ser de nueve á diez años.

17. ¿Las circunstancias agravantes pesan más que las atenuantes? Entónces corresponde al máximum de la pena. ¿Pesan ménos? Entónces corresponde al mínimum. Entre esos dos puntos fijos, *alpha* y *omega* que establece la ley, ella deja libertad para los análisis y las comparaciones morales que son necesarias. Aun el límite inferior permite traspasarlo, rebajando una penalidad entera, siempre que las circunstancias atenuantes sean múltiples y poderosas: en cuanto al superior, declara terminantemente que nunca se ha de poder traspasar, de cualquier modo que las agravantes se acumulen.—Declaraciones humanas y justas, de las cuales no necesitamos hacer aquí la apología, porque están enteramente de acuerdo con todo lo que venimos sosteniendo en este Comentario.

18. No concluirémos el del presente artículo sin decir alguna palabra sobre las del *mal producido por el delito*, que se encuentra en la regla 7.ª—Este mal de que habla la ley, y al que da la importancia que vemos dentro de cada grado de penalidad, no es sólo el mal material y físico que resulta del crímen, sino tambien el mal de alarma que se difunde por su consecuencia. El legislador no puede prescindir de este orígen de penalidades; y despues de tenerlo en consideracion para sus

disposiciones, en cuanto alcanza á estimarlo preventivamente, tiene que encargar esta estimacion de un modo más minucioso á los tribunales, únicos que alcanzarán con su prudencia á calificar como sea oportuno sus pequeñas y prácticas gradaciones.

Artículo 75.

«En la aplicacion de las multas, los tribunales podrán recorrer toda la extension en que la ley les permite imponerlas, consultando, para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal ó facultades del culpable.»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L.* 8, *tít.* 31, *P. VII*.... *Et aun deben catar quando dan pena de pecho si aquel á quien la dan, ó la mandan pechar, es pobre ó rico; ca menor pena deben dar al pobre que al rico; et esto es porque manden cosa que pueda seer complida. Et pues* (despues) *que los judgadores hoviesen catado muy acuciosamente todas estas cosas sobredichas, pueden crecer, ó toller, ó menguar la pena, segunt entendieren que es guisado de lo facer.*

Cód. brasil.—*Art.* 55. *La pena de multa obligará á los culpables al pago de una suma pecuniaria, proporcionada siempre al producto diario que puedan sacar los reos de sus bienes, empleos ó industria, salvo en los casos que la ley disponga otro género de cálculo.*

COMENTARIO.

1. La pena de multa es un castigo de un género singular y poco análogo con la mayoría de los restantes que instituye la ley. Mientras estos otros recaen sobre la persona ó sobre la libertad, que es casi la misma persona, aquel afecta á la propiedad solamente, que es una cosa muy distinta. La personalidad es una misma en todos los hombres, y

la libertad es algo semejante: la propiedad es tan diversa, son tan heterogéneas y poco parecidas las fortunas, cuanta es la diferencia del mendigo ó el proletario, que vive de la caridad, al opulento prócer, rival de los príncipes, señor de territorios inmensos, poseedor de inagotables tesoros.

2. De aquí es, que si un castigo personal, la muerte, la cadena, el presidio, afecta ó de un mismo modo ó de un modo algo parecido á todos los hombres, un castigo pecuniario es lo más desigual que puede concebirse, cuando, idéntico en su expresion, recae sobre dos personas de diferente riqueza. La pena de muerte priva de la vida al poderoso y al necesitado, y la vida es igual para ellos: una multa de mil reales hará sonreir á nuestros Cresos de la Bolsa, y es la confiscacion para un menestral, que, ni áun vendiendo todos sus bienes, llegaria á juntarla.

3. Consecuencia era de todo esto, que las penas pecuniarias exigian consideraciones y reglas especiales: que lo dispuesto para el comun de las penas debia modificarse en los términos convenientes, cuando se tratara de éstas en que nos ocupamos.

4. No habia ya que hablar de la confiscacion; castigo inventado, como otras veces hemos dicho, por la avaricia de los Emperadores de Roma, y que la civilizacion móderna ha borrado de nuestras leyes. La Constitucion política, y todavía más el progreso de las costumbres, la han condenado sin remedio al mero panteon de la historia.

5. Pero al mismo tiempo era menester evitar en la multa el que fuese ó pudiese ser una confiscacion disfrazada. Era menester impedir que, aunque no hiciesen perder al reo nominalmente todos sus bienes, se le impusiera y exigiera una cantidad mayor que todos ellos. A aquel que sólo posee quinientos duros, poco le importa que se le confisquen sus haciendas ó que se le exijan esos quinientos duros en que estas haciendas consisten.

6. Era, pues, necesario escoger entre dos medios, únicos que podian obviar ese peligro, ya que se admitia el castigo pecuniario como uno de los elementos de la penalidad. Era preciso, ó fijar para las multas un sistema de cuotas proporcionadas á los bienes del reo,—la mitad, el cuarto, el décimo, el vigésimo, el centésimo;—ó bien lo era el fijar por máximo y mínimo cantidades muy distantes, y dejar á los tribunales una inmensa y prudencial amplitud en la fijacion de las sumas que en cada caso han de constituir las penas.

7. El primero de estos dos procederes, usado alguna vez por las leyes de Partida, es de todo punto incompatible con las costumbres modernas. Nuestras idéas no consienten una inquisicion de lo que posee cada cual. Los tribunales, por otro lado, lo intentarian en vano. Ni puede ser, ni debe ser.

8. Resta, pues, el segundo sistema, que es el generalmente seguido, y el que consagra nuestro Código. Segun él, las penas pecuniarias empleadas para los grados inferiores de la penalidad, son una arma suma-

mente libre en las manos del juez. No que éste pueda emplearlas segun su capricho: sino que, siendo imposible el asignarles reglas determinadas, la ley comete á su prudencia, segun los casos, lo que en abstracto nadie puede definir. A los tribunales toca hacer en tales penas mucho más que en todas las restantes; porque sólo ellos, atendidas las circunstancias, tienen elementos para la singular y necesaria apreciacion que debe guiarlos.

9. Nada, pues, se dice aquí de la extension del grado máximo, del medio y del mínimo; lo que para unos sería demasiado, es insignificante para otros. Desde el término inferior hasta el superior, todos son grados máximos y mínimos á la vez, segun el caudal y posibilidades de los delincuentes. Hé aquí, pues, lo primero que hay que considerar, la capital é imprescindible base en este género de castigos. Despues, pero sólo despues, vienen las circunstancias atenuantes ó agravantes del hecho. El tribunal las considerará segun el espíritu de los artículo anteriores; pero partiendo siempre de las líneas que encierran el caso segun la fortuna de los perpetradores del delito.

10. ¿Quiere decir esto que los tribunales habrán de hacer una investigacion, una pesquisa, sobre esta fortuna, para proceder con un acierto matemático? De ningun modo. Ya hemos dicho que lo repugnan nuestras costumbres. La apreciacion que ha de hacerse es un acto moral, es un juicio de prudencia, y de ningun modo un cálculo positivo. Segun la posicion que la persona ocupa en el mundo, segun lo que evidentemente resulta de su modo de conducirse, así se ha de juzgar de sus posibilidades. Cierto es que podrán cometerse algunos yerros; pero este mal no tiene comparacion con el que causarian las pesquisas indicadas. Y sobre todo, una cosa no hemos de olvidar jamás: que la pena de multa no es ni un sistema completo, ni la base de un sistema penitenciario. Es un accidente, es un complemento aplicado como límite inferior al de nuestro Código. Debe ser sensible ese castigo; pero nunca puede ascender á grandes sumas, porque no es con él con lo que han de expiarse ni escarmentarse los grandes crímenes.

SECCION TERCERA.

Disposiciones comunes á las dos Secciones anteriores.

Artículo 76.

«Al culpable de dos ó más delitos ó faltas se le impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones, sin perjuicio en el primer caso de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 2.°

»El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en órden sucesivo, principiando por las más graves, ó sean las más altas en la escala general, excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán despues de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales, números 1.° y 2.°»

CONCORDANCIAS.

Cód. austr.—*Art.* 28. *En el caso de que un delincuente sea culpable de varios delitos de diferente especie, se le castigará segun el delito que lleve consigo la pena más grave, teniendo al mismo tiempo presentes los otros delitos.*

Art. 29. *La misma regla se observará cuando, conjuntamente con un delito, se haya cometido una grave infraccion de policía, de las que la ley reprime con la de prision ú otra pena corporal. Si la infraccion se castiga con otra pena, se aplicará ésta separadamente por el juez de policía, en la forma prescrita por la segunda parte de este código.*

Cód. napol.—*Art.* 53. *Cuando por disposicion de la ley se impongan varias penas á un mismo delincuente, las sufrirá éste una despues de otra, si son de un mismo género; si son de diferente género, sufrirá primero la más grave, salvo la de multa; y la más leve empezará desde el momento en que concluya la primera.*

Cód. brasil.—*Art.* 61. *Cuando el culpable esté convicto de más de un delito, se le impondrán las penas establecidas por la ley para cada uno de ellos; y las sufrirá todas, guardando el órden de mayor á menor, considerada su intensidad y no su duracion.*

Art. 62. *Cuando los delincuentes hayan incurrido en dos ó más penas que no puedan cumplirse una despues de otra, se les impondrá un grado superior á la pena del crímen más grave que hubiesen cometido. Sin embargo, si la pena del grado superior fuere la de muerte, se le condenará á trabajos forzados perpétuos.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 113. En el caso de que algun reo haya de ser sentenciado por dos ó más delitos, de los cuales el uno tenga señalada la pena de muerte, y los demás otras inferiores, sufrirá solamente la mayor; pero se impondrán con ella la de infamia, si la mereciere el reo, y las penas pecuniarias en que hubiese incurrido. Si por un delito mereciere pena de trabajos perpétuos, y otras más leves por los demás, todas se refundirán en la primera, excepto las pecuniarias, las cuales se impondrán tambien al mismo tiempo.*

Art. 114. Si el reo, en el caso del artículo anterior, mereciese pena de deportacion por un delito, y por otro ú otros destierro, presidio, reclusion, prision, confinamiento, arresto, sujecion á la vigilancia ú obligacion de dar fianza, solamente se le impondrá la primera pena; pero si por un delito mereciere obras públicas, y por otro deportacion, sufrirá ésta, despues de cumplir el tiempo de aquellas.—El que por un delito merezca destierro, confinamiento, sujecion á la vigilancia, ú obligacion de dar fianza, y por otro obras públicas, presidio, reclusion, prision ó arresto, sufrirá estas últimas penas respectivamente, y despues será desterrado, confinado ó sujeto á la vigilancia ú obligado á dar fianza. El que por dos ó más delitos incurra en dos ó más penas distintas, dentro de la clase de las de obras públicas, presidio, reclusion, prision, ó arresto, sufrirá la pena mayor en el caso respectivo, aumentándosele el tiempo de la otra ú otras, con la proporcion siguientes: un año de obras públicas, por cada diez y ocho meses de presidio ó reclusion, ó por cada dos años de prision ó arresto. Un año de presidio, por cada uno de reclusion. Un año de presidio, por cada diez y ocho meses de prision ó arresto. El que por un delito merezca prision, y por otro ú otros arresto, sufrirá todo el tiempo de éste en la prision.—En todos los casos comprendidos en este artículo, las demás penas no expresadas en él, menores que las de muerte y trabajos perpétuos, se impondrán y ejecutarán todas como las prescribe la ley contra los diferentes delitos en que hubiere incurrido el reo, guardándose en la ejecucion el siguiente órden: Primero, el oir públicamente la sentencia. Segundo, la reprehension y apercibimiento judicial. Tercero, la retractacion y satisfaccion. Cuarto, el ver ejecutar la sentencia.

COMENTARIO.

1. El artículo que examinamos resuelve una cuestion, y sienta un principio; pero la cuestion puede debatirse áun en el terreno de la teoría, y el principio puede necesitar explicaciones en el de la práctica. Son muchas las dificultades que la doctrina presenta: diversos los casos en que ha de tener aplicacion.

2. Desde luego, abstracta y generalmente considerado, lo que dice la ley es lo mismo que inspira la lógica. Si la penalidad es la consecuencia del delito, si se merece la primera desde que se ha cometido el segundo, si hay entre el uno y la otra ese lazo moral indestructible que nos inspira la conciencia y nos señala el Código; no puede haber la menor duda en que cada vez que se delinquió se hubo incurrido en el correspondiente castigo legal, y en que cada cual que delinquiere debió padecer por aquel hecho todas las consecuencias que la ley tuviese determinadas. Supongamos que A ha cometido un robo, B una falsedad, C una tentativa de homicidio: cada uno de ellos habrá incurrido en la pena que para el conato de muerte, que para la falsedad, que para el robo, fijen los artículos correspondientes. ¿Porqué, pues, si estas tres penas son las consecuencias de las tres acciones, y si han de ser padecidas por los tres reos, por qué, decimos, no lo serán por uno solo, A, si fué A quien las cometió todas?—La lógica, como hemos anunciado, aprueba completa y abstractamente el principio en cuestion.

3. Pero ¿cuáles serian sus consecuencias?—se nos podrá decir. ¿No es digno de consideracion que por ese medio podrán de tal modo acumularse las penas, que en realidad se las desnaturalice? ¿No es digno de consideracion que el que haya cometido tres ó cuatro delitos, tal vez de una misma especie, tal vez de los que sólo son consecuencia de una misma disposicion de ánimo, pueda caer en una penalidad, perpétua de hecho, y de seguro superior á la que merecian los autores de un crímen más grave? ¿No hay un instinto de buen sentido que nos aconseja no seguir rigorosamente la lógica, cuando ésta extrema sus ilaciones y conduce á consecuencias exageradas y peligrosas? Y ¿no hay exageracion, y no hay peligro, en imponer diez veces la pena del robo al que diez veces robó, diez veces la pena de falsedad al que falsificó diez documentos, ó acuñó moneda falsa en diez noches seguidas?

4. Indudablemente el buen sentidó, la prudencia, la moderacion, y de otro lado la lógica, nos darán en este punto diversas conclusiones. La rigidez de la última no podrá ménos de ser modificada por la suavidad y la oportunidad prácticas, hijas legítimas de las primeras.

5. Así es que nuestro Código, que ha consagrado el principio en el primer párrafo del artículo presente, le ha modificado para la práctica, no sólo en el artículo que sigue, sino áun en el segundo párrafo del actual. No es éste, de seguro, la consecuencia del primero. La consecuencia sería que todas las penas impuestas se cumpliesen unas despues de otras. Sólo de ese modo serian realmente distintas y llenarian la doctrina que se toma por base. Sólo de ese modo el autor de los tres delitos de la falsedad, del homicidio y del robo, pagaria bien distintamente el robo, el homicidio y la falsedad.

6. Pero la ley no dice esto. La ley dice: «en el caso de que puedan cumplirse simultáneamente las condenas impuestas, que de una vez y simultáneamente se cumplan. Sólo han de ir las unas en pos de las

otras cuando no sea posible esa simultaneidad. Entónces, síganse entre sí, comenzando por las más graves, y ejecutándose despues las que lo sean ménos, segun la escala general del art. 24.»

7. No quisiéramos dar á este precepto una inteligencia equivocada; pero si no padecemos completa ilusion, si es genuina la que nuestro ánimo nos presenta, tropezamos, á nuestro modo de ver, con singulares y atendibles inconvenientes.

8. Seguimos el ejemplo presentado ántes. A ha cometido el crímen de homicidio frustrado con alevosía—un robo con llaves falsas,—y la falsificacion de un documento, siendo empleado. La pena de cada uno de estos delitos es la cadena temporal. En consecuencia de ello recae sentencia ejecutoria, condenándole á diez y seis años de tal cadena, por cada uno de los tres delitos. Pero los diez y seis años de cada uno de los crímenes, claro es que se pueden cumplir á un mismo tiempo los unos con los otros. Si no es esto lo que quiere decir la ley, no comprendemos lo que es simultaneidad; y añadimos que era menester la hubiese declarado con más expresion, como ha declarado tantas otras cosas. Pero si es eso, ¿en dónde queda entónces el principio? ¿De qué sirve que se imponga tres veces la pena de diez y seis años, si una sola vez han de cumplirse? ¿A qué es la máxima, si de hecho no se la ha de ejecutar?

9. Tenemos más aún: tenemos nuevos inconvenientes en esa inteligencia. El primero es que A, reo del triple crímen, no sería de hecho tan castigado como si hubiera cometido uno solo de los tres con circunstancias agravantes. En este caso, la cadena no habria sido de diez y seis, sino de veinte años completos. Ahora bien, ¿no es repugnante y contradictorio que el que por una sola culpa era condenado pueda llegar á ese extremo, y que el condenado por las tres se quede en los diez y seis, atendido ese beneficio de la simultaneidad?

10. Pero hé aquí otro inconveniente todavía mayor. A no cometió los tres delitos de que hemos hablado ántes, pero cometió dos de ellos, y otro menor, por el que segun la ley le corresponde otra especie de castigo, áun el más subalterno. En este caso, A padecerá sus diez y seis años de cadena, y concluida ésta, llevará y sufrirá aquel otro, que con la cadena no puede amalgamarse. De suerte que A, ménos culpable en esta segunda suposicion, será penado en el hecho más duramente que el A delincuente de la primera; supuesto que el uno, terminada la cadena temporal, habrá expiado sus crímenes, y el otro tendrá aún que completar su expiacion con un castigo de segundo órden, castigo siempre, por mucho que sea, comparativamente ligero.

11. Tan incomprensible nos parece que haya sido este el ánimo de la ley, que no podemos persuadirnos de que su idéa de la simultaneidad consista en lo que hemos expresado. Pero si no es eso, ¿qué es? Si diez y seis años de cadena temporal no pueden simultanearse con otros diez y seis, ¿qué será lo que simultaneemos?—En semejante conflicto hemos

acudido á otros Comentadores, y nada nos dicen. Los Sres. Castro y Zúñiga no hacen sobre este artículo ninguna observacion. Los señores Alvarez y Vizmanos impugnan el principio consignado en el párrafo 1.°, y fundándose en ello, prescinden de comentar el segundo. Así, nuestras dudas no encuentran solucion satisfactoria. Lo que *à priori* nos dice el ánimo, lo repugna luego el conocimiento de las conscecuencias que produciria.

12. Nosotros hubiéramos adoptado otro camino. En la reiteracion de crímenes, habriamos tomado por regla general, para castigarlos, la pena mayor, agravándola aún, segun ciertas reglas. El Código de 1822 vislumbró alguna vez este camino, aunque quizá no acertadamente en sus detalles. Pero si los detalles eran malos, y se debian abandonar, el camino podia ser bueno, y en este caso mereceria seguirse.

13. Por lo demás, la excepcion con que concluye el artículo respecto á las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro, es tan natural como necesaria. En ese punto cualquiera percibe la razon de la ley, que no podia fijar de otro modo el órden de su aplicacion. Esta es una base de buen sentido, y no necesita comentarios (1).

Artículo 77.

«La disposicion del artículo anterior no es plicable en el caso de que un solo hecho constituya dos ó más delitos, ó cuando el uno de ellos sea necesario para cometer el otro.

«En estos casos sólo se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo.»

COMENTARIO.

1. Unos bandidos, de los que á veces se encuentran en nuestro país, sorprenden á varios caminantes: los roban, y los matan. ¿Se dirá que

---

(1) La materia de este artículo es de suyo muy grave, y la ha hecho más la práctica, que no ha encontrado ninguna solucion satisfactoria. La práctica se ha limitado á acumular condenas, habiendo hombres que las tienen por doscientos años de presidio. Esto es ridículo y absurdo: su consecuencia, como reaccion, lo que propone el Colegio de Madrid; que volvamos al límite de los diez años de Cárlos III. Cada vez nos convencemos más de la justicia y la prevision con que hablamos nosotros en el Comentario presente, (Segunda edicion.)

por este artículo no se han de penar entrambos crímenes, como consistentes en un solo acto?—No lo creemos. Los delitos son dos: han podido ocurrir el uno sin el otro. Ni son un hecho mismo, aunque sean hechos próximos, ni hay ninguna dificultad en sapararlos con la inteligencia, pues que en realidad separados estuvieron. No hay aquí una accion que sea homicidio y robo á la vez; hay un homicidio y un robo cometidos en un solo tiempo.

2. Pero un hombre viola á una mujer, y al forzarla le causa graves lesiones físicas. Aquí un hecho solo, indivisible en su realidad, constituye dos delitos diversos. Hay la violacion, penada en el título 10 del libro 2.°, y hay lesion, que puede llegar hasta el homicidio. Semejante caso es el primero de los que señala la ley en el artículo que nos ocupa. Cuando ocurriere, no se han de imponer dos penas, sino una sola, la mayor que se pueda aplicar, y ésta en su grado máximo. No se estiman dos delitos para la penalidad: estímase uno sólo, pero con esta especie singular de agravacion.

3. El segundo caso es concordante con el *número* 11 del art. 10, segun el que agravaba resueltamente á un delito el ser medio para la perpetracion de otro. Aquí se añade que lo sea necesario, lo cual constituye la primera de las tres eventualidades que señalamos en aquel lugar. La propia de entónces era la tercera: la que en este artículo se define no es, pues, la que allí estaba consignada. Hay concordancia, pero no hay repeticion ni defecto.

4. La clasificacion es un medio necesario para cierta clase de robo (Comentario al expresado *número* núm. 3). Ya vimos allí que por lo mismo (número 8) no puede ser circunstancia agravante de éste en el sentido propio de la palabra. Pero la ley, que la ha caracterizado de delito, puede muy bien hacer lo que aquí hace. En esa concurrencia de actos punibles, llévese á efecto la penalidad que resultare mayor; ora sea la del medio, ora sea la del fin. El precepto, tal como nos lo ofrece la ley, es cietamente claro: la dificultad práctica consistirá en si ha habido ó no tal *necesidad* del medio. Por fortuna, el *número* 11 del artículo 10 obviará muchas incertidumbres (1).

---

(1) Los Sres. Castro y Zúñiga, en el Comentario del presente artículo, suscitan la siguiente cuestion:—«El ladron que roba, y despues incurre en actos de encubrimiento del mismo robo..... ¿incurrirá por un lado en la pena de autor ó cómplice de delito, y luego en la de encubridor del mismo?»—A nosotros nos parece esta duda una mera sutileza. El robar, y el encubrir lo robado quien lo robó, no pueden mirarse como cosas distintas. Si el encubrimiento consistia en aprovechar lo robado, para eso es precisamente para lo que se roba. Si consistia en hacer desaparecer las pruebas, éste es un acto natural, propio de todos los que delinquen. Entónces, todos los autores son encubridores.—No alambiquemos ni exageremos tanto que queramos convertir la jurisprudencia en mala metafísica escolástica.

Artículo 78.

«Siempre que los tribunales impongan una pena que lleve consigo otras por disposicion de la ley, segun lo que se prescribe en la Seccion segunda del capítulo anterior, condenarán tambien expresamente al reo en estas últimas.»

COMENTARIO.

1. Esta disposicion es seguramente más propia del Código de procedimientos que del penal; pero no es la primera ni será la última que encontrarémos de esta clase. En nuestras actuales circunstancias es útil para destruir antiguos hábitos, reforzados por la pereza.

2. Hay una errata material en este artículo. Donde dice Seccion segunda, debe decir Seccion tercera. En ésta, y no en aquella, es donde se declaran las penas accesorias que llevan consigo las que son principales. La Seccion segunda trata de los efectos de las penas, segun su naturaleza respectiva.

Artículo 79.

«En los casos en que la ley señala una pena inferior ó superior en uno ó más grados á otra determinada, se observarán para su graduacion las reglas prescritas en el art. 66.

»La pena inferior ó superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada.

»Cuando haya de aplicarse una pena superior á la de arresto mayor, se tomará de la escala en que se hallen comprendidas las penas señaladas para los delitos más graves de la misma especie que el castigado con arresto mayor.

»Los tribunales en estos casos atenderán, para hacer la aplicacion de la pena inferior ó superior, á las siguientes

»ESCALAS GRADUALES.

ESCALA NÚM. 1.

Grados.

1.° Muerte.
2.° Cadena perpétua.
3.° Cadena temporal.
4.° Presidio mayor.
5.° Presidio menor
6.° Presidio correccional.
7.° Arresto mayor.

ESCALA NÚM. 2.

Grados.

1.° Reclusion perpétua.
2.° Reclusion temporal.
3.° Prision mayor.
4.° Prision menor.
5.° Prision correccional.
6.° Arresto mayor.

ESCALA NÚM. 3.

Grados.

1.° Relegacion perpétua.
2.° Extrañamiento perpétuo.
3.° Relegacion temporal.
4.° Extrañamiento temporal.
5.° Confinamiento mayor.
6.° Confinamiento menor.
7.° Destierro.
8.° Sujecion á la vigilancia de la autoridad.
9.° Reprension pública.
10.° Caucion de conducta.

ESCALA NÚM. 4.

Grados.

1.° Inhabilitacion absoluta perpétua, para.........	cargos	derechos políticos.
2.° Inhabilitacion especial perpétua, para.........	cargo público..	derechos políticos, profesion ú oficio.
3.° Inhabilitacion especial temporal, para.........	cargo público..	derechos políticos, profesion ú oficio.
4.° Suspension de algun..	cargo público..	derecho político, profesion ú oficio.»

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—*Art.* 55. *Cuando la ley disponga en términos generales que se aplique una pena inferior á otra en uno ó muchos grados, se observarán las graduaciones siguientes:*

1.° *La muerte.*
2.° *El* ergástolo.
3.° *El cuarto* } *grado de cadena.*
4.° *El tercer* } *grado de cadena.*
5.° *El segundo* } *grado de cadena.*
6.° *El primer* } *grado de cadena.*
7.° *La reclusion.*
8.° *La relegacion.*
9.° *La prision ó el confinamiento.*
10.° *El destierro correccional, ú otras penas de policía.*

La cadena, aunque se sufra en presidio, tendrá la misma graduacion señalada en los números 3, 4, 5 y 6.

Art. 56. *Para las penas no indicadas en el artículo anterior, la graduacion del paso de una pena más grave á otra más leve será la siguiente:*

I.

1.° *El destierro perpétuo del reino.*
2.° *El destierro temporal del reino.*
3.° *El confinamiento ó destierro correccional.*
4.° *Las penas de policía, excepto la detencion.*

II.

1.° *La interdiccion de cargos públicos.*
2.° *La interdiccion temporal ó el destierro correccional.*
3.° *La multa correccional.*
4.° *Las penas de policía, excepto la detencion.*

Art. 57. *El paso de una pena menor á una más grave se hará en el órden siguiente:*

1.° *El primer* } *grado de prision.*
2.° *El segundo* } *grado de prision.*
3.° *tercer* } *grado de prision.*
4.° *La relegacion.*
5.° *La reclusion.*
6.° *El primer* } *grado de cadena.*
7.° *El segundo* } *grado de cadena.*
8.° *El tercer* } *grado de cadena.*
9.° *El cuarto* } *grado de cadena.*
10.° *El* ergástolo.
11.° *La muerte.*

La cadena, aunque se sufra en presidio, tendrá la misma graduacion señalada en los números 6, 7, 8 y 9.

Art. 58. *Para las penas no indicadas en el artículo anterior, se agravarán los grados en la forma que sigue:*

I.

1.° *La interdiccion temporal de cargos públicos.*

2.° *La interdiccion perpétua.*

3.° *La relegacion:—y así sucesivamente, en órden progresivo, imponiéndose siempre al mismo tiempo la interdiccion perpétua.*

II.

1.° *El destierro temporal del reino.*

2.° *El destierro perpétuo del reino.*

3.° *El primer grado de presidio:—y así sucesivamente, y en órden progresivo, imponiéndose siempre al mismo tiempo el destierro perpétuo.*

III.

1.° *El confinamiento ó el destierro correccional.*

2.° *La prision, en el mismo grado que la pena anterior, y agravándola sucesivamente.*

IV.

1.° *La interdiccion temporal, ó la multa correccional.*

2.° *El confinamento en primer grado:—y así sucesivamente en órden progresivo, imponiéndose siempre conjuntamente la interdiccion temporal ó la multa correccional.*

COMENTARIO.

1. El artículo 24 nos habia dado la *escala general* de las penas; pero aunque se haya hablado muchas veces despues de las *graduales*, no las hemos encontrado hasta el presente. Aquí es donde se llena esa necesidad, cuya satisfaccion hacia indispensable el sistema artístico en que está concebido y ejecutado el Código.

2. Por poco que se reflexione sobre éste, se echará de ver que si

otras leyes antiguas y modernas no han tenido necesidad de semejantes escalas, la nuestra no podia pasar sin ese recurso. Consiste todo en que aquellas otras no han dado reglas generales, como la nuestra, para encontrar las penas del delito frustrado y de la tentativa, de la complicidad y el encubrimiento, de la atenuacion ó agravacion de circunstancias, por medio de determinadas relaciones con las normales del delito comun, y aumentando ó sustrayendo, ó sea ascendiendo y bajando, en el ordenado cuadro de la penalidad. Cuando á cada crímen, de que se habla, siguen particulares explicaciones sobre esas sus naturales referencias: cuando tras el castigo de cada hecho se anuncia el castigo de su tentativa y el de su complicidad: cuando hay un artículo para las circunstancias atenuantes como el 94 de la reforma del código francés, sencillo y natural es entónces que no haya precision de reglas, y de séries, y de tablas, como las que se encuentran en este primer libro, en esta parte artística del nuestro.

3. Pero éste nuestro ha querido ser más filosófico y á la vez más simple, aunque exija alguna vez más intensidad de atencion para que se le comprenda. El nuestro ha querido seguir, hasta donde lo alcance el arte humano, las reglas de proporcion entre las penas y los delitos, que nos inspira á todos la conciencia como una gran base de la materia penal. El nuestro ha pugnado por ostentarse con la regularidad posible, y no ha retrocedido ante ninguno de los adelantos que mostraban en sus respectivas condiciones el del Brasil ó el de las Dos-Sicilias. Por eso hemos hallado en él toda la teoría general de este primer libro: por eso era menester que halláramos, y por eso hallamos, la escala gradual de las penas.

4. Fáltanos ahora ver por qué esta escala no es simple, sino que se compone de cuatro parciales, en la que está distribuido el primer catálogo, la escala general.

5. El fundamento de semejante idéa lo acabamos de indicar en los párrafos que preceden, puesto que no es otro que esa misma deseada proporcion entre las penas y los delitos. La observacion que ha calificado á estos en distintas categorías, ha debido inspirar el arte que ordena las primeras en diversos grupos. El carácter natural que en los castigos se halla, ha debido hacer que no se ponga en una misma série, que no se destinen para una propia familia de culpas, sino los que tengan entre sí—discúlpesenos la frase—una evidente relacion de parentesco.

6. Véase, pues, el artificio de las escalas graduales, y se conocerá que en cada una de ellas hay una idéa que domina, y á la cual no se abandona en sus distintos grados. La homogeneidad de todos estos ha sido el pensamiento de la ley, el propósito que ha querido realizar. Sólo así podia justificarse el sistema de ascender ó descender en la graduacion, porque sólo así habria verdadera y naturalmente *escala*. Entre penas heterogéneas, ésta no existiria, ó caso de quererla hacer, sería plenamente artificial, y por tanto absurda y repugnante. Al bajar

un grado ó al subirlo, expondríase el precepto á desnaturalizar completamente la índole de la penalidad deseada.

7. Hé aquí, por el contrario, lo que sucede en nuestro sistema. Al castigar la ley el delito típico, fundamental, puede escojer entre las cuatro escalas señaladas, y decidirse por aquella cuya idea constitutiva tenga relacion con la índole del delito. Hecho esto, ya hay seguridad de que en todas las penas de referencia, en aquellas que procedan del grupo de culpas que en derredor del delito se levantan, ó bien sea de las modificaciones de éste, en todas tendrémos castigos análogos al fundamental que nos sirve de base. No saliendo como no se ha de salir de la escala, el carácter penitenciario se ha de conservar inalterable, ora sea que se baje, ora que se suba. El peligro de lo heterogéneo, de lo disparatado, desapareció completamente.

8. Supongamos que fué cadena temporal el tipo del castigo que se adoptó para los delitos de tal clase. Si nos vemos necesitados á subir en su escala, tendrémos la cadena perpétua: si nos vemos precisados á descender, tendrémos el presidio mayor, el presidio menor, el presidio correccional. La idéa de un trabajo duro y degradante nos acompaña siempre en nuestro asecenso ó en nuestro descenso: y cuanto la ley puede dar el carácter de bajo y de vil, acompaña á este género de penalidades. Los delitos viles son los que las reclaman.

9. Supongamos que es relegacion la pena fundamental que se adopta para tal otro género. Si en esta línea se hace necesario que subamos ó bajemos igualmente, la escala nos presentará por un lado hasta la relegacion perpétua, y de ahí descenderá al extrañamiento y al confinamiento, en sus diferentes especies, y hasta el destierro y caucion de conducta. La idéa de alejar, de echar de un punto al sentenciado, la idéa de perder aquellos lugares donde hemos nacido, donde vivíamos, hasta el que llamábamos pátria, es la idéa dominante en esta série. Todas las modificaciones del delito serán castigadas con modificaciones de la propia pena.

10. Hé aquí explicado el pensamiento de donde se deriva tanto este artículo como otros muchos de nueslro Código.—Hay diferentes escalas de penalidad—ha dicho el legislador. Así, para cada grupo de delitos se podrá escoger la idéa que pareciere más propia: así en cada grupo de delitos no se saldrá nunca de un género, de una categoría de castigos homogéneos. Relacion, en cuanto es posible, del crímen con la pena; y relacion de las penas entre sí, cuando se trata de hechos análogos. Tal es el doble é interesante objeto que en este lugar ha querido llenarse.

II.

11. Las escalas adoptadas son cuatro, como hemos visto en el artículo. Ni son tan pocas que quedase sin éxito la idéa que acabamos de enunciar, ni son tantas que produjesen confusion é incertidumbre en la

práctica del Código mismo. Se diferencian bien unas de otras, y no dejan ningun vicio, en cuanto lo permite el catálogo general de penas del artículo 24, sobre el cual habian de fundarse.

12. La idéa dominante de la primera es la del trabajo duro: su carácter es, por decirlo así, mas físico, más personal, más material que el de ninguna otra. Ahí está la cadena, que sujeta el cuerpo de los delincuentes: ahí está ese mismo nombre de presidio, cuya repugnancia nos afecta de un modo invencible. El asesino por precio, y el ladron, reclaman evidentemente tal clase de expiaciones.

13. La idéa dominante de la segunda escala es la pérdida de la libertad, es el encerramiento. Puede haber en ella trabajo, pero no es éste su carácter capital, no es éste lo que la constituye. Un preso, un recluso, es un hombre que no puede disponer de sí, á quien el mundo separa de la generalidad de sus semejantes, á quien extrae de su movimiento y de sus goces, á quien confisca y reduce á la imposibilidad de dañar. Los actos de pasion, y los delitos políticos de cierto género, indican entre otros semejante clase de penas.

14. El pensamiento de la tercera escala consiste, como dijimos más arriba, en el echamiento de la tierra. Su analogía es notoria con delitos que sólo pueden cometerse en ciertos lugares.

15. Por último, la escala cuarta se compone de penas que afectan á la posesion y á la capacidad de cargos públicos y de derechos políticos. Estas penas, accesorias muchas veces, son tambien principales, y análogas en casos que tienen relacion con esos cargos y esos derechos. En ninguna de las escalas anteriores habrian cabido como grados distintos y propios: aquí ocupan perfectamente un puesto, cuya aplicacion se adivina, y que más adelante encontrarémos realizada.

16. Examinado así, en globo, el pensamiento de las cuatro escalas en cuestion; indicados así, someramente, algunos delitos que tienen relacion con cada una de ellas; procederémos á varias observaciones especiales á que dan lugar, y que no creemos estén más justificadas en ningun otro sitio.

17. A la cabeza de la primer escala, y sólo en ella, encontramos escrita la pena de muerte. Esto quiere decir, ó que sólo debe tener lugar esa pena en aquellas líneas de crímenes sobre las cuales pueden caer los trabajos duros y forzados, de la cadena y del presidio, ó bien que cuando un delito ha merecido la pena capital, todos los relacionados con él, todos los que le son dependientes, por complicidad, encubrimiento, tentativa, etc., todos se han de penar con esa cadena ó ese presidio. Entre la muerte y los castigos de la segunda escala no se establece contacto alguno. La muerte y esos otros son notoriamente heterogéneos y discordantes.—Esto es lo que de lo escrito se deduce.

18. Pero eso nos parece á nosotros poco meditado ó poco conveniente. Aquel castigo supremo, toda vez que por una dolorosa necesidad tiene la ley que consagrarlo, deberia en nuestro juicio hallarse á la ca-

beza de las dos primeras escalas. Lo mismo se puede llegar á incurrirse en él por delitos viles que por delitos que no lo son, por pasiones vergonzosas é infamantes que por pasiones de suyo nobles. Si el asesino há menester la pena de muerte, tambien el reo político puede merecerla en algunos supuestos. Y sin embargo, la relacion natural de ese castigo es en el primer caso con la cadena y sus dependientes, y en el segundo con la reclusion y los suyos. ¿Por qué, pues, no ha de estar la palabra *muerte* escrita sobre las dos columnas? ¿Por qué no ha de poder descenderse de ella, lo mismo por la una que por la otra?

19. No se crea que abogamos por encrudecer al Código: abogamos, lejos de eso, por humanizarlo. El hecho es que la pena de muerte se impone en todos los casos, por lo ménos, en que nosotros la impondríamos; la diferencia está en que al descender de tal castigo, no puede bajarse segun el mismo Código sino por una escala, y nosotros habríamos hecho posible que por entrambas se bajase. ¿No es esto, rigorosamente, más humano, supuesto que la segunda escala lo es mucho más que la primera?

20. A decir verdad, y coincidiendo con lo que hemos escrito en el Comentario del art. 70, nosotros no hubiéramos nunca impuesto sola la pena de muerte; como que no reconocemos delito alguno en el que no pueda haber circunstancias atenuantes. Partiendo de este principio, en cada crímen que hubiésemos de castigar con la última pena, habríamos dicho que lo sería con la de cadena perpétua á muerte, ó bien con la de reclusion á muerte. De este modo, quedaria indicada desde luego la escala en que se habria de descender, y ninguna dificultad podria embarazarnos en el hecho de corresponder la muerte á las dos líneas de penalidades. Mas, áun cuando no se hubiese seguido, como no se sigue en el Código, todo el conjunto de nuestro pensamiento, siempre fué posible haberlo adoptado por lo ménos en parte, colocando la pena capital á la cabeza de entrambas columnas. Algun nuevo artículo de explicacion habria disipado fácilmente las dificultades que de ello nacieran.

21. Y tanto es así, que, si no nos engaña nuestra memoria, hubo un tiempo en que lo tuvo acordado la Comision que redactaba nuestra ley. Sentimos infinito que el haber dejado despues de pertenecer á ella nos haya privado de conocer las razones que causarian tal innovacion, en nuestro concepto desgraciada.—Pero basta ya, de presente al ménos, sobre esta materia.

22. Viniendo ahora á la consideracion de las escalas en sí mismas, nos parecen formadas con la posible exactitud. Los grupos de penas están bien entendidos, y el carácter de cada cual de ellos resaltaba de una manera notoria. Donde sus líneas comienzán á confundirse, es sólo donde por precision ha de suceder ese hecho necesario. Los grados inferiores, los grados últimos, no pueden ménos de ser comunes en más de una de semejantes séries. De otro modo nos quedaríamos muy altos en la esfera de la penalidad.

23. Por esto es por lo que el arresto mayor se encuentra al pié de las dos escalas, primera y segunda: por esto, por lo que la multa se considera, como despues verémos—art. 82,—el grado inferior de todas las escalas. La penalidad en sus primeros pasos marcha por un solo camino: despues, cuando adquiere más gravedad é importancia, es cuando se divide en varios ramales.

III.

24. Comparando estas escalas graduales con la escala general del artículo 24, se notará fácilmente que no están clasificadas en ellas todas las penas que la primera señaló.—Semejante hecho necesita que nos detengamos á conocerlo bien, y á examinar sus causas y sus resultados.

25. Desde luego, faltan en las escalas graduales todas las penas designadas como accesorias en el catálogo general, á saber: la argolla, la degradacion, la interdiccion civil, la pérdida de los instrumentos y efectos del delito, el resarcimiento de gastos, y las costas judiciales.—Pero aquí es muy óbvia la razon de semejante falta. Tales penas son siempre un accidente de otras, y por consiguiente las acompañan donde quiera que están, como lo tiene determinado la ley.—(Véase la seccion 3.ª del capítulo 3.°) De consiguiente, respecto á ellas no hay que hablar de escala ni de graduacion. Existen cuando existen esas otras que las llevan consigo.

26. Mas aparte de las accesorias, hay otras tres penas no comprendidas en estas escalas, dos del órden de correcionales, una del órden de leves (1). Aquellas son la reprehension pública y la sujecion á la vigilancia de las autoridades: ésta es el arresto menor.—Ahora bien; la no existencia de estas tres penas en las escalas de que tratamos puede dar lugar á dudas muy fundadas.—Si ellas se imponen—como se imponen en efecto por la ley—á alguna falta ó delito, ¿cómo y por cuál série se disminuirán para hacer la aplicacion oportuna á la tentativa del mismo delito, y á sus cómplices ó á los de la falta? El artículo dice que las escalas graduales están para este caso; mas en las escalas graduales encontramos ese vacío, y los artículos siguientes que nos ofrecen otras explicaciones están mudos en cuanto á éstas.

27. ¿Dirémos que esas penas de que se trata lo son *sui generis*, extrañas á toda idéa de escala y graduacion, y que sólo deben imponerse cuando la ley las prefija, sin que haya que considerarlas de ningun modo para el caso de la tentativa, de la complicidad ni del encubrimiento?

28. ¿Dirémos que, con arreglo al artículo 82, por debajo de ellas

(1) No hemos querido suprimir lo que resta de este Comentario, á pesar de que la reforma de 1850 añadió á las escalas la Vigilancia y Reprension que habíamos echado de ménos. Así se conocerán nuestras idéas.

está siempre la multa, de modo que cada una de ellas y la multa misma constituyen una escala especial?

29. ¿Dirémos, por último, que por más que la ley haya considerado en abstracto estas penas como principales, la verdad es—y así aparece en su práctica—que debemos mirarlas como complementarias, ya que no como accesorias; y que por tanto no hacen falta para deducir la penalidad de tentativas, frustraciones, complicidades y encubrimientos, toda vez que tengamos las principales, acompañadas ó completadas por ellas, y correspondientes á alguna de las escalas de este artículo?

30. Tal vez todos estos tres supuestos tienen algo de verdad. De seguro respecto al arresto menor, que constituye él solo toda la categoría de las penas leves, no puede quedarnos duda en que la multa le acompaña y le sigue en órden. La multa, hasta quince duros, puede ser estimada pena leve. Es, pues, claro, que se yuxtapone á aquel arresto, y desempeña el lugar de su grado inferior, como lo desempeña en las otras escalas. Esta, implícitamente lo es.

31. Mas á pesar de ello, á pesar de que son rarísimos los casos en que se aplican solas las otras dos penas sobre que cae nuestra presente observacion; á pesar de que en algunos de ellos no cabe materialmente ni la complicidad ni la tentativa, todavía creemos que tales hipótesis no justifican el absoluto silencio de la ley sobre una dificultad tan fácil de concebir. La pena de sujecion á la vigilancia de las autoridades, aunque sea acompañando á otras, es bastante comun en cierta clase de delitos. ¿Se ha de imponer, ó no se ha de imponer tambien, á los cómplices y á los autores de la tentativa? ¿Cuál es su grado inferior, si no lo es ella propia?

32. Por lo que á nosotros hace, confesando nuestra duda en el punto constituido, no la tendríamos á fé en el órden constituyente. Sin incluir á estas penalidades en ninguna de las cuatro escalas, habríamos dicho por una disposicion especial que, siempre que la ley los impusiese, se extenderian á los autores del delito frustrado y de la tentativa, á los culpables de la complicidad y del encubrimiento. Nos parece que á tales personas es justo reprenderlas, y es necesario vigilarlas.

Artículo 80.

«En los casos en que la ley señala una pena superior á otra determinada, sin designar especialmente la que se deba imponer, si no hubiera pena superior en la escala gradual respectiva, ó la pena superior fuera la de muerte, se impondrá la de cadena perpétua.»

COMENTARIO.

1. En este artículo se comprenden varias idéas. La primera es que la pena de muerte no se ha de estimar nunca impuesta de un modo implícito, y que no se ha de aplicar por una mera ascension de escala, sino cuando la ley expresamente la señalare. Esto es humano y justo: esto merece nuestra completa aprobacion. La vida del hombre es, sin duda alguna, acreedora á tanto respeto.

2. La segunda idéa consiste en que más allá del término superior de la segunda y de la tercera escala, puede encontrarse un grado más alto; á saber, el de la cadena perpétua.—Esto, por el contrario, ni nos parece preciso, ni cautiva nuestro asentimiento. ¿Por qué y para qué? ¿No es introducir la confusion en la naturaleza y el objeto de las escalas? ¿No son bastante grandes la reclusion y la relegacion perpétuas, y aquella sobre todo, para que no necesiten esa heterogénea agravacion?

3. Volvemos á decir lo que hemos manifestado en el Comentario al artículo 79. Nosotros habríamos puesto tambien la pena de muerte á la cabeza de la segunda escala; pero no confundiríamos nunca á la primera con las otras dos. Si creíamos necesario algo superior á la relegacion perpétua, acudiríamos á la reclusion de la misma clase. De la reclusion á la cadena no saltaríamos jamás.

Artículo 81.

«Cuando sea necesario elevar la inhabilitacion absoluta perpétua á otro grado superior, se agravará la inhabilitacion con la prision menor.

»Cuando haya de pasarse de aquella pena á otra inferior, se impondrá la de inhabilitacion absoluta temporal, y de ésta se bajará á la suspension.»

COMENTARIO.

1. La forma de agravacion que se determina en el primer párrafo de este artículo incluye tambien el tránsito de una á otra escala; pero este tránsito no es repugnante como el que impugnábamos en nuestro

comentario anterior: aquí no hay nada que hiera, como aquel nos hería. La inhabilitacion en sí, ya que no sea homogénea, no puede decirse discordante con la pérdida de la libertad. Ella, por otra parte, aunque término superior de una escala, no es un mal tan elevado que no se conciba bien la necesidad de reforzarlo algunas veces.—Nada, pues, se nos ocurre contra el precepto.

2. En cuanto al segundo párrafo, es una consecuencia de no ser bastante comprensiva, ni exacta de todo punto, la escala en cuestion. En ella no hay grado de la inhabilitacion absoluta temporal. De aquí resulta confusion y contradiccion entre este artículo y aquella escala; ó por mejor decir, dos escalas distintas, aquella—la 4.ª del art. 79—y la que aparece de este artículo.—Por fortuna, en los casos prácticos no puede ocurrir dificultad para quien se haya empapado en el espíritu de la ley.

Artículo 82.

«La multa se considerará como la pena inmediatamente inferior á la última de todas las escalas graduales.

»Cuando sea necesario elevar esta pena ó bajarla á otros grados, se aumentará para cada grado superior una cuarta parte sobre el máximo de la multa determinada, y se rebajará otro tanto del mínimo para cada grado inferior.

»Los tribunales que pueden aplicar penas leves, podrán imponer multas hasta 15 duros.

»Los que tengan jurisdiccion para aplicar penas corporales, podrán imponerlas hasta 300 duros.

»Los que sean competentes para aplicar penas aflictivas, podrán imponerlas en toda su extension.

»Igual regla se seguirá respecto á las multas que no consistan en cantidad fija, sino proporcional.

»En los casos de que trata el presente artículo, la prision por vía de apremio establecida en el 49 no podrá pasar nunca, por lo respectivo á la multa, de treinta dias.»

CONCORDANCIAS.

Cód. repet. prael.—*Lib. I, tít. 54, L. 4.—Illustres viros praefectos praetorii usque ad quinquaginta librarum auri multam, eum peccatum gravissimum erit, pervenire sinimus.*

L. 6.—Eos qui ordinario provincias jure moderantur, erga eorum personas, quos culpa reddit abnoxios, ultra duarum unciarum auri summam condemnare non patimur.

Proconsularem veró potestatem, si multandi necessitas imminebit, unciarum auri summa cohibebit; in qua forma etiam comes orientis, atque praefectus augustalis erit.

Caeteri veró espectabiles judices, et qui vice nostra administrationis gubernacula susceperint, ultra tres auri uncias sibi intelligant licentiam denegatam.....

Cód. fran.—*Art. 466. Las multas por contravenciones podrán imponerse desde uno á quince francos inclusive, segun las distinciones y clases que más abajo se mencionan, y serán aplicadas en beneficio de la municipalidad donde se haya cometido la contravencion.*

Cód. napol.—*Art. 30. El mínimum de la multa criminal ó correccional es de tres ducados.*

En las ciudades de Nápoles, Palermo y Messina, y sus arrabales, el mínimum es de seis ducados.

El máximum se especifica en los respectivos casos particulares. Sin embargo, cuando por un delito se impone en términos generales la multa correccional, *no podrá exceder de cien ducados.*

La pena de multa no podrá nunca imponerse como principal en materia criminal.

COMENTARIO.

1. En los artículos 80 y 81 nos hemos ocupado de los límites superiores de las escalas, y hemos fijado los que son por esa parte su término. En este artículo era menester señalar el límite inferior, fijando

cómo ha de descenderse, cuando sea indispensable hacerlo áun respecto de las últimas penas que incluyen. Esta investigacion era tan forzosa, como óbvia la necesidad que la motiva. Supóngase, si no, que la ley señala á tal delito la última, ó una de las últimas inferiores penas: ¿cuál ha de ser la que en tales casos se aplique por tentativa, por frustracion, por complicidad ó por encubrimiento? ¿De qué nos sirve la escala, si allí concluye y no nos presenta más grados, para que descendamos de uno en otro?

2. Afortunadamente tenemos la multa, la más flexible de todas las penas: la multa, que puede corresponder, segun su cuantía, á todos los órdenes de castigo: la multa, que por un lado puede llegar á sernos casi insensible, mientras que por otro se puede elevar á muy graves proporciones. No sólo un grado de escala, sino casi una escala *sui generis*, puede formarse con sus varias entidades.

3. Así, la ley ha podido decir con justicia que la multa es el grado inferior de las cuatro escalas que presenta: y nosotros podemos añadir que lo es aún de otra quinta escala, de la que consiste en el órden de penas leves, de la que se destina para la correccion de faltas contrapuestamente á los delitos.

4. Esa inmensa elasticidad de este castigo pecuniario hace que la multa no corresponda sólo á un órden de penas, sino á los tres. Hasta 15 duros pueden estimarse penas leves, é imponerlas por tanto los tribunales que han de corregir las faltas. Hasta 300 duros pueden estimarse é imponerse como penas correccionales. Hasta el máximum que autorice la ley pueden ser penas aflictivas. Pero cuenta que no siempre que bajen de los 15 duros han de llamarse del primer género, ni siempre que bajen de 300 han de ser del segundo. La libertad de los tribunales es completa para juzgar de su aplicacion; y á un reo pobre se podrá imponer una multa de 200 reales como pena correccional, y de 500 como pena aflictiva. Ya lo hemos visto en el artículo 75. Por éste se fijan los términos superiores; pero los inferiores no se señalan. De más de 15 duros no será pena leve, ni de más de 300 correccional; pero puede ser correccional y aflictiva en mucho menores cantidades.

5. Esto por lo que respecta á la cuantia natural de las multas. Vengamos ahora al método que se ha de seguir para graduar esta pena, rebajándola como punto de escala.

6. La multa fijada á cierto delito por la ley es de 20 á 200 duros. Esta pena se aumentará en un grado, levantándola una cuarta parte sobre el máximo de ella misma: es decir, haciendo llegar su mínimo á 25, y su máximum á 250 duros. Por el contrario se rebajará, disminuyéndola en la misma proporcion, con lo cual quedaria de 15 á 150. Un segundo grado de aumento nos produciria de 30 á 300 duros, y de 10 á 100 uno segundo de disminucion.—Tal es, al ménos, la inteligencia que damos á las expresiones del párrafo 2.° de este artículo, confesando que podia estar más perspícuo y concluyente.

7. El penúltimo párrafo habla de las multas proporcionales. Tales son aquellas que se imponen con la fórmula de *otro tanto*, ó bien del *duplo*, ó del *tanto al duplo*, ó del *tanto al triplo*, etc., del mal causado. Tambien aquí se podrá formar escala, cuando fuere menester, por medio de iguales adiciones ó sustracciones del cuarto, al máximum ó al mínimum de las sumas indicadas de aquellas suertes.

8. No es necesario advertir que entre nosotros son unos mismos los tribunales que imponen los dos órdenes más altos de penas; las correccionales y las aflictivas. Sólo para las leves tenemos especiales jurisdicciones, con arreglo á la ley provisional que acompaña y se ha publicado en el Código.

9. El último párrafo de este artículo se ha añadido por la reforma de 1850.

Artículo 83.

«En las penas divisibles el período legal de su duracion se entiende distribuido en tres partes iguales, que forman los tres grados mínimo, medio y máximo.

»El tiempo que comprende cada grado es el que se designa en la siguiente

»TABLA demostrativa de la duracion de las penas divisibles, y cada uno de sus grados.

PENAS.		Tiempo que comprende toda la pena.	Tiempo que comprende el grado mínimo.	Tiempo que comprende el grado medio.	Tiempo que comprende el grado máximo.
Cadena, reclusion, relegacion, extrañamiento	Temporal.	De 12 á 20 años....	De 12 á 14 años....	De 15 á 17 años....	De 18 á 20 años.
Presidio, prision, confinamiento...	Mayor.	De 7 á 12 años.....	De 7 á 8 años......	De 9 á 10 años.....	De 11 á 12 años.
Inhabilitacion absoluta, inhabilitacion especial	Temporal.	De 3 á 8 años......	De 3 á 4 años......	De 5 á 6 años......	De 7 á 8 años.
Suspension		Dos años..........	De 1 á 8 meses.....	De 9 á 16 meses....	De 17 á 24 meses.
Presidio, prision, confinamiento...	Menor.	De 4 á 6 años.......	De 4 años á 4 y 8 meses..............	De 4 años y 9 meses á 5 años y 4 meses	De 5 años y 5 meses á 6 años.
Presidio correccional, Prision correccional, Destierro		De 7 á 36 meses....	De 7 á 16 meses....	De 17 á 26 meses...	De 27 á 36 meses.
Sujecion á la vigilancia de la autoridad		De 7 á 36 meses....	De 7 á 16 meses....	De 17 á 26 meses...	De 27 á 36 meses.
Arresto mayor		De 1 á 6 meses.....	De 1 á 2 meses.....	De 3 á 4 meses.....	De 5 á 6 meses.
Arresto menor		De 1 á 15 dias......	De 1 á 5 dias......	De 6 á 10 dias......	De 11 á 15 dias.

»Cuando hubiere que hacer subdivisiones en los grados de la tabla anterior, los tribunales aplicarán discrecionalmente la pena en cuanto á aquellas, dentro de los límites prefijados por la ley.»

CONCORDANCIAS.

Cód. austr.—*Art.* 15. *La pena de prision puede aplicarse por toda la vida del delincuente, ó sólo por un tiempo determinado. En este último caso, el mínimo es de seis meses, y el máximo de veinte años. Pero como la diversidad de circunstancias agravantes ó atenuantes del hecho no permite determinar con precision la medida de la pena para cada caso particular previsto en este código, sólo se ha fijado para cada delito el mínimo y el máximo del tiempo de la prision, para que dentro de estos límites se fije la duracion de la pena, segun la gravedad del delito.*

Cód. brasil.—*Art.* 63. *Cuando el código no establezca una pena determinada, y únicamente fije el máximo y el mínimo de ella, se señalarán tres grados en los crímenes, segun las circuntancias agravantes ó atenuantes que en ellos concurran, á saber: el grado más grave, al que se impondrá el máximo de la pena; el grado ménos grave, que se castigará con el mínimo; y el grado medio, al que se impondrá una pena intermedia entre ambos extremos.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 105. *Por lo respectivo á las partes de una pena que consista en cantidad ó tiempo determinado, con mínimo y máximo, se graduarán aquellas contando su término inferior por mínimo de la principal, y el superior por el máximo; como por ejemplo, si se impusiere la cuarta parte á la mitad de una pena de cuatro á ocho años de reclusion, será dicha parte de uno á cuatro años.*

COMENTARIO.

1. La inteligencia de este artículo es sumamente clara; y vista la tabla que como explicacion y complemento le acompaña, nada nos queda que decir para hacerlo perceptible á todo el mundo. La ley, que habia hablado de los grados máximo, medio y mínimo, en las penas divisibles, debia fijar una regla para que se supiese cuál parte de la penalidad entraba en la idéa de cada una de esas tres fracciones. A su de-

claracion, sencilla y racional, nada necesario ni áun útil puede añadirse.—Este artículo es naturalmente una consecuencia del 74, cuyas disposiciones termina y completa el siguiente.

Artículo 84.

«En los casos en que la ley señala una pena compuesta de tres distintas, cada una de estas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas el mínimo, la siguiente el medio, y la más grave el máximo.

»Cuando la señale en una forma no prevista especialmente en este libro 1.°, la aplicarán los tribunales, guardando la posible economía, dentro de los límites que se prefijen, y del modo que se prevenga en las disposiciones generales del Código.»

CONCORDANCIA.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 101. En los casos en que la ley imponga al delito pena corporal, ó pecuniaria, de tiempo ó de cantidad indeterminada, y haya fijado solamente el mínimo y el máximo, los jueces de hecho deberán, cuando declaren el delito, declarar tambien su grado. Lo mismo harán los jueces de derecho en las causas exceptuadas. En cada uno de estos delitos habrá tres grados. El primero, ó el más grave de todos: el segundo, ó el de inferior gravedad; y el tercero, ó ménos grave de todos. Para la calificacion del grado atenderán los jueces de hecho á la mayor ó menor gravedad, y al mayor ó menor número de las circunstancias que agraven ó disminuyan el delito, conforme á la disposicion respectiva de la ley, y á los artículos* 106 *y* 107. (Circunstancias atenuantes y agravantes.)

COMENTARIO.

1. La forma ordinaria adoptada por el Código para castigar los delitos, hemos dicho ya que es la de una pena triple, á fin de que haya grado correspondiente á las tres situaciones de atenuacion, sencillez, y agravacion, de que tanto hemos hablado. Como excepcion á este sistema, y en algunos particulares, encontramos la pena de dos grados solos, y la pena única (artículo 70). Mas lo comun y general, volvemos á de-

cir que son los tres grados consecutivos, con el objeto que acaba de expresarse.

2.° Mas esos tres grados pueden aparecer y resultar de diversos modos. A veces consisten en los tres de una sola pena divisible: como v. gr. cuando se impone la cadena temporal. A veces, en dos penas indivisibles y el grado máximo de una divisible inferior: como v. gr. del grado máximo de la cadena temporal á muerte. A veces tambien ocurre encontrarlos del grado medio de una pena al mínimo de la superior. De cualquier modo, en fin, es posible que los hallemos, combinando las penas indivisibles que están en la cúspide de las escalas, y los grados de las divisibles que vienen despues, cada uno de los cuales constituye en realidad un castigo verdadero.—Hasta aquí no decimos nada que no hubiésemos dicho anteriormente.

3. Pero este artículo avanza alguna otra cosa. Segun él hay casos en que la penalidad se compone de tres castigos divisibles. Tal crímen, por ejemplo, lleva en la ley, como sancion, de presidio menor á cadena temporal. El caso es ciertamente raro; mas el legislador lo ha tenido alguna vez por conveniente, y ha dado á la pena una extension tan extraordinaria.

4. Cuando esto sucediere, cada cual de las penalidades incluidas constituyen un grado de la penalidad total de aquel delito. El presidio menor, todo entero, forma su grado mínimo; el presidio mayor forma su grado medio; la cadena temporal, entera tambien, forma su grado máximo. Dilátase inmensamente el poder discrecional de los tribunales, y adquieren estos toda esa amplitud, para considerar y apreciar las circunstancias de cualquier género que hubiesen concurrido en el crímen. Sus facultades acrecen de un modo extraordinario; pero su responsabilidad y sus obligaciones se aumentan en la misma proporcion.

5. No queremos concluir esta materia sin hablar de los casos que nos presentan los artículos 291 y 365 del Código, y cuya singularidad puede dar motivo á verdaderas dudas. Tratándose en ellos de ciertos delitos, se imponen en cada cual por castigo, uno compuesto de dos penas divisibles, formadas á su vez cada una de tres grados. Ahora bien: ¿cuál es la doctrina para la aplicacion de la penalidad en casos semejantes? ¿Qué artículo de este primer libro, de estas secciones, es el que debemos aplicar?—El 70 habla de un castigo compuesto de dos indivisibles. El 74, de un castigo compuesto de tres grados. El presente, de un castigo compuesto de otros tres divisibles, ó sea de nueve grados. Pero de uno compuesto de dos divisibles, ó sea de seis grados, ninguno habla; ninguno señala lo que en tal ocurrencia se hubiere de hacer.

6. En medio de tal duda, nuestra opinion es seguir la anología, y conformarse en lo posible al espíritu de las reglas generales. Así como con nueve grados se forman tres, segun este artículo, así tambien creemos que deben formarse con seis. El principio comun consiste en divi-

dir la pena en tres partes. Pues bien: en tres partes, de á dos grados cada una, dividiríamos las de que se trata; y luego procederíamos á su aplicacion, ciñéndonos cuanto nos fuese dado á las disposiciones de los artículos 74 y 84, aplicables á los casos que nos ocupan.

7. El párrafo con que concluye el artículo fué añadido por la reforma de 1850. Es de todo punto racional, y ha venido á confirmar plenamente nuestras precedentes opiniones.

Artículo 85.

«Lo dispuesto en el artículo 83 no tiene aplicacion á la pena de multa. La graduacion de la cuantía en que haya de imponerse, dentro de los límites que la ley señale, se hará con arreglo á lo que se prescribe en el artículo 75.»

COMENTARIO.

1. No hay ningun mal en haber consignado expresamente los preceptos de este artículo; porque semejantes redundancias no traen en rigor inconveniente alguno; pero la verdad es que considerando lo que que quedaba dicho en el 75, y considerando la tabla que forma parte del 83, era imposible formar otro juicio que el que aquí encontramos declarado. La naturaleza de la multa, por otra parte, su extension, la desproporcion de sus extremos, la desigualdad material con que es necesario imponerla, todo nos conduciria necesariamente al mismo fin.—Por nuestra parte, nos reduciremos á recordar lo que en el expresado artículo 75 y en el 82 hemos explicado largamente. En aquellos está cuanto pudiéramos decir ahora respecto á la *multa*.

CAPÍTULO QUINTO.

DE LA EJECUCION DE LAS PENAS Y DE SU CUMPLIMIENTO.

SECCION PRIMERA.

Disposiciones generales.

Artículo 86.

«No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoria.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLIX, tít. 7, l. 1.—Appellatione interposita, sive ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil novare opportet; si quidem fuerit recepta appellatio quia recepta est: si veró non est recepta, ne praejudicium fiat quoad deliberetur utrum recipienda sit appellatio, an non sit. Recepta autem appellatione, tamdiu nihil erit innovandum, quamdiu de appellatione fuerit pronuntiatum.*

Tít. 1, l. 16.—Constitutionis quae de recipiendis, nec non appellationibus loquntur, ut nihil novi fiat, locum non habent in eorum persona quos damnatos statim punire publice interest, ut sunt insignes latrones, vel seditionum concitatores, vel duces factionum.

Cód. repet. prael.—*Lib. VII, tít. 62, l. 3.—Appellatione interposita, licet á judice repudiata sit, praejudicium deliberationis nihil fieri debere, et in eo statu omnia esse, quo tempore pronuntiationis fuerunt, saepissime constitutum est.*

Partidas.—*L. 7, tít, 31, P. VII.—A los facedores de los yerros de que son acusados ante los judgadores, deben dar pena despues que les fueren probados ó vinieren conoscidos de ellos en juicio: et non se deben los judgadores rebatar á dar pena á ninguno por sospecha, nin por señales, nin por presunciones, como quier que por algunas destas razones les pueden tormentar en la manera de que suso diximos, mas débenlo facer segunt que las razones de amas las partes fueren probadas et averiguadas ante ellos. Et esto deben guardar, porque la pena, despues que es dada en el cuerpo del home, non se puede toller, nin enmendar, magüer entienda el juez que erró en ello.*

COMENTARIO.

1. El artículo 86 es un principio del Código de procedimientos; y éste tan sólo es el que puede explicarlo y declararlo, estatuyendo qué sea lo que se haya de entender por sentencia ejecutoriada. No habia, sin embargo, ningun mal, no habia inconveniente alguno, en que, saliendo á luz ántes que aquel otro el Código penal, se apresurase á

consagrar una máxima, que no siempre se ha tenido presente en la historia de los tribunales.

2. Y sin embargo, ¿quién osará contradecirla, cuando simple y abstractamente se le enuncia? ¿Quién podrá decir que durante el proceso, cuando no se ha fallado definitivamente, cuando no está reconocida y proclamada aún la verdad legal, hayan de poder ejecutarse condenaciones, que, como dice muy bien la ley de Partida, «non pueden despues tollerse nin enmendarse, magüer se entienda que se erró en su aplicacion y ejecucion?»—Tan cierto es que todos los hombres ven con claridad las cuestiones generales, aunque despues se precipiten en cada especial caso, arrastrados por el interés ó por la pasion.

3. La doctrina jurídica y filosófica es que, mientras no hay sentencia ejecutoria, subsiste un problema no resuelto. Si la presuncion no está plena y completa por la inocencia del acusado, tampoco lo está por su criminalidad. Nosotros no decimos que un procesado es inculpable; pero no decimos que es un culpable tampoco. Decimos que es un *procesado;* y por consiguiente, su culpabilidad es una cuestion. Para aquello que necesariamente se derive de su situacion reconocida, de su encausamiento, para eso tiene derecho la sociedad: por tal causa le puede prender, á fin de que no se fugue, y burle una pena posible. Mas para aquello otro que sólo se deriva de la culpabilidad constante y averiguada, para eso no le tiene, en tanto que no se desate el problema: por tal causa no le puede infligir una pena propiamente dicha. Hay todavía tinieblas, y falta la luz. Cuando ésta llegue, cuando la sentencia recaiga y quede firme, cuando exista la ejecutoria, entónces podrá y deberá aplicarse la pena. Miéntras no, es un acto de barbarie, que la ley proscribe, y que condena la conciencia pública (1).

4. Repetimos que no es aquí donde se ha de explicar qué circunstancias haya de tener la ejecutoria, ni qué sentencias la causen. Esto corresponde á otra ley. La presente no podia hacer más que establecer el principio, para que no lo olviden ni lo descuiden los que están obligados ó someterse á él.

Artículo 87.

«Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto.

---

1) Véase nuestros estudios de Derecho penal. Leccion XV.

»Se observará tambien, además de lo que dispone la ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas, acerca de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, relaciones de los penados con otras personas, socorros que puedan recibir, y régimen alimenticio.

»Los reglamentos dispondrán la separacion de sexos en establecimientos distintos, ó por lo ménos en departamentos diferentes.»

COMENTARIO.

1. Una pena ejecutada en distinta forma que la prescrita en la ley, puede ser muy bien una pena diversa de la que ésta impone. Las circunstancias y los accidentes, si no lo son todo, son indudablemente mucho en esa esfera. Decapitar no es lo mismo que agarrotar, por más que de uno y otro modo se quite la vida: reprender en la sala de audiencia de los tribunales no es lo mismo que reprender en un calabozo, ó hacerlo por medio de los diarios.—Ahora bien: lo que la ley ha dispuesto, es lo que ella ha querido que se haga; cuando ha fijado la forma de un castigo, es para que en aquella forma, y no en otra, se ejecute. Infringirla en ésto sería sustituirse en su lugar.

2. Mas la prohibicion de la ley no quiere decir ni que se condenen ciertas antiguas prácticas, no mencionadas, pero no prohibidas por ella, ni tampoco que, en casos de peligro, dejen de adoptarse las seguridades convenientes á fin de que las sentencias reciben su plena ejecucion. A lo primero corresponden, por ejemplo, los usos religiosos que se siguen en nuestra España al tiempo de llevar á cabo las sentencias capitales: á lo segundo, las precauciones militares ó de policía que hagan necesarias los justos temores de un motin para libertar al reo. Nada de esto prohibe, ni puede prohibir la ley: su precepto se limita á las variaciones inmotivadas, á los accidentes de severidad ó de humanidad que, por un lujo de la una ó de otra, intenten permitirse los jueces ó tribunales.

3. No es sólo empero la letra de la ley misma, en donde están consignadas las circunstancias con que se han de ejecutar las penas: sería imposible que en ella se previese todo, y no es á ella, en rigor, á quien corresponde preverlo. La ley, en este particular, no debe hacer otra cosa que fijar principios; y sobre todo, la ley penal. Otras especiales habrán de ser las que, sobre esos fundamentos, organicen el sistema penitenciario; y sólo los reglamentos del poder ejecutivo serán los que

determinen y perfeccionen semejante obra. A ello se refiere, pues, con justa causa el artículo que examinamos; concluyendo por una regla de decoro y buenas costumbres, que no ha querido dejar de establecer desde luego. Tal es la de la separacion de los dos sexos en cualesquier establecimientos á donde la ley y sus crímenes los conduzcan.

Artículo 88.

«Los delincuentes, que, despues del delito, cayeren en estado de locura ó demencia, no sufrirán ninguna pena, ni se les notificará la sentencia que se les imponga hasta que recobren la razon, observándose lo que para este caso se determine en el Código de procedimientos.

»El que perdiere la razon despues de la sentencia en que se le imponga pena aflictiva, será constituido en observacion dentro de la misma cárcel, y cuando definitivamente sea declarado demente, se le trasladará á un hospital, en donde se le colocará en una habitacion solitaria.

»Si en la sentencia se impusiere una pena menor, el tribunal podrá acordar que el loco ó demente sea entregado á su familia bajo fianza de custodia, y de tenerlo á disposicion del mismo tribunal, ó que se le recluya en un hospital, segun estimare.

»En cualquier tiempo que el demente recobre el juicio se ejecutará la sentencia. Esta disposicion se observará tambien cuando la locura ó demencia sobrevenga hallándose el sentenciado cumpliendo la condena.»

CONCORDANCIAS.

Cód. brasil.—*Art. 64. Los delincuentes que despues de la sentencia cayeren en estado de locura, no recibirán castigo alguno mientras permaezcan en ese estado.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 96. *Ninguna condenacion que cause ejecutoria se notificará al reo constituido en estado de verdadera demencia ó locura, ó en peligro inmediato de muerte por razon de enfermedad, y todo se suspenderá hasta que sane. Pero si la demencia durare más de quince dias, despues de la sentencia que cause ejecutoria, se notificará ésta á un curador que se nombre al demente, y se llevará á efecto en solo lo relativo á resarcimientos, indemnizaciones y pago de alimentos y costas.*

COMENTARIO.

1. Los casos á que se refiere este artículo son evidentemente posibles, y por lo mismo está en su lugar la doctrina que en él se declara; pero no debe perderse de vista que en muchas ocasiones serán simulados, y que es por tanto indispensable prevenirse y guarecerse contra esa posibilidad. Desde que la ley consigna una ventaja para los que caen en demencia, es muy de temer que se finjan locos los delincuentes, pretendiendo escapar así á toda la pena de sus crímenes. Antes era comun que todas las mujeres condenadas á muerte se diesen por embarazadas: nosotros sospechamos que cuando este Código sea popular, ha de haber infinitas pretendidas locuras.—Si esto, repetimos, no ha de embarazar á la ley para que acuerde y disponga lo justo, debe prevenir á los tribunales para que no se dejen fácilmente engañar por supercherías de ese género.

2. Viniendo ya á lo preceptivo del artículo, encontramos en él señalados tres casos diferentes, que en rigor pudieran ser cuatro todavía. El primero es cuando el reo se ha tornado demente ó loco ántes de que recaiga sentencia contra él; cuyo caso es notorio que se puede dividir en dos, segun que la locura aparezca ántes ó despues de comenzada la causa. Tenemos otro cuando la demencia ocurre despues de dictado el fallo, pero ántes de ejecutarse ó de comenzarse á ejecutar. El último, en fin, consiste en la invasion del mismo mal cuando la sentencia se está ya ejecutando.—Lo primero y lo último es más fácil seguramente; lo segundo y lo tercero, es decir, la invasion durante la causa y despues de la sentencia, no imposible de cierto, pero sin duda alguna más sospechoso.

3. Para lo que se ha de hacer en los dos casos en que no ha recaido aún la sentencia, pena de su crímen, el artículo, disponiendo que de hecho no se notifique á los delincuentes, nos refiere al Código de actuacion, que será el que decida sobre tales suposiciones. Aquí solamente se fija un principio: la sentencia, dado que la haya, no será notificada, y por consiguiente no será ejecutada.

4. Sin embargo, como no tenemos ese Código de procedimientos á que se nos remite, y como el hecho ó los hechos en cuestion pueden

ocurrir á cada instante, no se extrañará que enunciemos nuestro juicio sobre lo que el espíritu de nuestras leyes y las inspiraciones de la razon exigen ó preceptúan, toda vez que se nos presentaren los indicados problemas.—Nuestra opinion es que el proceso deberá seguirse, proveyendo al demente, desde el punto en que lo esté, de un curador especial que lo defienda; que terminado, y puesta en él sentencia ejecutoria, se llevará ésta á efecto en cuanto á las responsabilidades civiles, como se haria respecto á un criminal ausente; que el reo se colocará en un hospital, ó se entregará á sus parientes, bajo caucion de custodia, segun los casos; y que si alguna vez sanase de su enfermedad, volverá á abrirse la causa, como con los ausentes se ejecuta, y recaerá de nuevo, oyéndole sus defensas, la sentencia á que hubiere lugar. De cualquier otro modo, ó se comprometeria la suerte del acusado, condenándole sin oirle, ó se dañarian y heririan los intereses de la parte civil, contra la cual habia delinquido, y que no debe carecer de las oportunas reparaciones por el hecho de tornarse loco quien, en su juicio, delinquió contra él.

5. Respecto al caso de que enloqueciese dictada ya la sentencia, y tal vez empezada á cumplirse, convenimos con la ley en que no se continúe en su cumplimiento. La pena impuesta á un reo que ha venido á tal punto, sería una pena inmoral, y no produciria sino malas consecuencias. Respecto á él, fuera un acto cruelísimo y anti-cristiano: respecto al público, fuera un acto repugnante. El hombre que ha perdido su razon no puede servirnos de ejemplo, de ninguna suerte. La piedad y la caridad deben cubrirlo con su manto.

6. Una disposicion no aprobamos en el párrafo 2.° del artículo: la habitacion *solitaria* á que condena á ese delincuente. Desde que éste es un enfermo, el Código debe entregarlo á la ciencia para que lo alivie ó le vuelva la salud. ¿Por qué, pues, esa *soledad* como precepto rigoroso? Si la soledad es buena, el director del establecimiento se la impondrá; si es mala, ¿con qué derecho se la impone la ley? ¿Cómo ordena lo que puede perjudicar y tal vez hacer imposible la salud? ¿Cómo decreta una pena al mismo tiempo que se declara incompetente para decretar otras?

7. La disposicion del párrafo 4.°, á saber, que en cualquier tiempo que el reo recobre su juicio haya de ejecutarse en él la sentencia, aunque perfectamente lógica, podrá ser á veces de un rigor extremado. Ante todas cosas hay que subordinarla á lo que establece el título VI de este libro en materia de prescripcion criminal; y áun prescindiendo de ello, ocurriria en muchas ocasiones que el lapso del tiempo, no bastante para aquella otra, lo seria ya y produciria tales circunstancias que exigieran un especial indulto. La verdad es que una demencia verdadera es una gran perturbacion en la vida de un hombre, y que difícilmente se le hará cargo, despues de haberla sufrido, de cuanto correspondiere á aquella otra parte de su existencia entre la cual y la presente media un abismo de ese género.

8. El último párrafo del artículo en cuestion da lugar á una nueva dificultad. Está bien que cuando un reo que actualmente cumple su condena pierde el juicio, se suspenda el cumplimiento de lo que padece: pero ¿quién es el juez, el tribunal, la persona que debe fallarlo? ¿Quién es la que ha de averiguar la certeza de esta locura? Los Sres. Castro y Zúñiga opinan que debe hacerlo el tribunal que conoció de la causa seguida al delicuente. A nosotros nos parece esto imposible en el órden legal y áun en el órden material. ¿Cómo ha de averiguar la audiencia de Madrid si está ó no loco un reo que ella envió á Ceuta ó á Filipinas?—Parécenos, pues, que la autoridad administrativa de los establecimientos es la que debe formar tal expediente; y si se quiere dar parte en él al Ministerio público, no podrá ser á otro que al del territorio donde aquellos se hallen situados, ora sea ó no sea el que entendió en condenar al criminal de que se trata.

SECCION SEGUNDA.

Penas principales.

Artículo 89.

«La pena de muerte se ejecutará en garrote sobre un tablado.

»La ejecucion se verificará de dia y con publicidad en el lugar generalmente destinado para este efecto, ó en el que el tribunal determine, cuando haya causas especiales para ello.

»Esta pena no se ejecutará en dias de fiesta religiosa ó nacional.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tít. 19, L. 25..... Non potest quis sic damnari, ut de saxo praecipitur.*

L. 28.—Capitalium poenarum fere isti gradus sunt. Summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio; item vivi crematio.....; item capitis amputatio.

L. 31.—Ad bestias damnatos, favore populi praeses dimittere non debet.

Partidas.—*L. 6, tít. 31, P. VII..... Otrosi decimos que la pena de la muerte principal de que fablamos en la ley tercera ante desta, puede seer dada al que la meresciere cortandol la cabeza con espada ó con cuchillo, et non con segur nin con foz de segar: otrosi puédenlo enforcar, ó quemar, ó echarlo á las bestias bravas que lo maten. Pero los judgadores non deben mandar apedrear á ningunt home, nin crucificarle, nin despeñarlo de peña, nin de torre, nin de puente, nin de otro lugar.*

L. 11.—Paladinamente debe seer fecha la justicia de aquellos que hovieren fecho porque deban morir, por que los otros que lo vieren é lo oyeren resciban ende miedo é escarmiento, diciendo el alcalde ó el pregonero entre las gentes los yerros por que los matan.....

Fuero Juzgo.—*L. 7. tít. 4, lib. VII.—Todo juez que debe justiciar algun malfechor, non lo debe facer en ascuso, mas paladinamientre, ante todos.*

Cód. franc.—*Art. 12. Todo sentenciado á muerte será decapitado.*

Art. 25. No podrá ejecutarse pena alguna en dias de fiesta nacional ó religiosa, ni en los domingos.

Art. 26. La ejecucion se verificará en una de las plazas públicas del punto que se exprese en la sentencia condenatoria.

Cód. austr.—*Art. 10. La pena de muerte se ejecutará en horca.*

Cód. napol.—*Art. 4. La pena de muerte se ejecutará por decapitacion, en la horca, ó por fusilamiento.*

Art. 5. No podrá ejecutarse la pena de muerte sino en un sitio público.

Cuando la ley no disponga expresamente que la pena de muerte se ejecute en la horca, se verificará por medio de la decapitacion.

Se ejecutará por medio del fusilamiento cuando la pena de muerte se imponga por una comision militar ó consejo de guerra, en los casos previstos por la Ordenanza penal militar.

Art. 6. La ley señala los casos en que la pena de muerte debe ejecutarse con una forma especial de ejemplo público.

Los grados de ejemplo público son los siguientes:

1.° *La ejecucion de la pena en el punto en que se haya cometido el crimen, ó en un lugar cercano de él.*

2.° *La conduccion del reo al lugar de la ejecucion, descalzo, vestido de amarillo, con un cartel en el pecho, en que se indique el crímen con letras grandes.*

3.° *La conduccion del reo al lugar de la ejecucion, descalzo, vestido de negro y cubierta la cara con un velo del mismo color.*

4.° *La conduccion del reo al lugar de la ejecucion, descalzo, vestido de negro, cubierta la cara con un velo del mismo color, y arrastrado en una tabla puesta sobre ruedas, con un cartel al pecho, en que se lea con letras grandes esta inscripcion:* Hombre impío.

Cód. brasil.—*Art.* 38. *La pena de muerte se ejecutará en horca.*

Art. 39. *Esta pena se ejecutará al dia siguiente de la notificacion de la sentencia irrevocable, y no podrá verificarse en la víspera de un domingo, ó de una fiesta religiosa ó nacional.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 38. *El reo condenado á muerte sufrirá en todos casos la de garrote, sin tortura alguna, ni otra mortificacion prévia de la persona, sino en los términos prescritos en este capítulo.*

Art. 39. *La ejecucion será siempre pública entre once y doce de la mañana, y no podrá verificarse nunca en domingo, ni dia feriado, ni en fiesta nacional, ni en el dia de regocijo de todo el pueblo. La pena se ejecutará sobre un cadalso de madera ó de mompostería, pintado de negro, sin adornos ni colgadura alguna en ningun caso, y colocado fuera de la poblacion, pero en sitio inmediato á ella, y proporcionado para muchos espectadores.*

COMENTARIO.

1. No queremos hacer alarde de erudicion en materia de penas capitales; y por eso es por lo que hemos limitado á lo preciso las Concordancias del artículo presente. Dejemos á un lado la cicuta de los griegos, la Roca Tarpeya de los romanos, las artesas de los orientales, el descuartizamiento por cuatro caballos de Damiens, la hoguera y el emparedamiento de la inquisicion. Venimos á lo posible, á lo que únicamente pueden consentir las actuales costumbres de Europa. Nuestro

ánimo rechaza todo lo demás. La historia puede referirlo: la novela y el teatro pueden ofrecerlo á los ojos de la multitud.

2. Los medios actualmente usados para arrancar la vida se reducen al fusilamiento, á la decapitacion, á la horca y al garrote. Los dos primeros son horribles, porque derraman sangre humana. El tercero no es bastante seguro en algunos casos, y en todos atormenta por la prolongacion del suplicio. El cuarto era preferible seguramente; y nuestra ley ha procedido con razon escogiéndolo. Supuesta la tremenda necesidad de esta pena, ningun otro medio ofrecia iguales condiciones. La ejecucion puede ser severa, todo lo que se la desee, sin tener la repugnancia que ocasionan otros procedimientos.

3. El Código no reconoce distincion alguna en la muerte. En otras épocas las ha habido, como en todos los actos de la sociedad. En los siglos medios era el noble decapitado, mientras que al pechero se le ahorcaba: despues se cubrió de colgaduras el cadalso del uno, y se dejó desnudo y descubierto el del otro; hubo *garrote noble* y *garrote vil*. Todo eso era ya insostenible. La única modificacion de la pena de muerte será la agravante que determina el art. 91: y esa no procederá de la clase del reo, sino de la índole del delito que haya de expiar.

4. Basta con lo dicho sobre la naturaleza de esta terrible pena, que, si no queremos ver desaparecer de los Códigos, quisiéramos, sí, que desapareciese completamente de las sociedades.

5. El segundo párrafo del artículo contiene disposiciones importantísimas. Primera, la publicidad de la ejecuion. Segunda, la facultad concedida á los tribunales para señalar en ciertos casos el punto en que haya de tener cumplimiento.

6. Por lo que hace á la primera, esa publicidad es una condicion triste, pero forzosa, del castigo de que se trata. Imponer y dar la muerte en secreto sería una crueldad horrible; porque se la despojaria de lo que más la recomienda, la ejemplaridad y la intimidacion. Eso reduciria la pena á un acto de mera venganza; y nos trasladaria de la justicia á la barbarie, del siglo XIX al siglo XI. El *desideratum* en esta materia debe ser precisamente lo contrario. Nada de venganza, nada de horrores repugnantes, nada de tormentos crueles; pero sí gran aparato, pero sí todo lo que afecte de un modo profundo el ánimo y la imaginacion de la generalidad. Muy pocos y muy imponentes suplicios.

7. El Código de 1822 dispuso que estas ejecuciones se realizasen fuera de los pueblos, y de seguro así se verificaba en Madrid y en otros pueblos de la nacion: áun creemos que hay alguna real órden posterior que lo mande. No lo aprobamos. Esa triste tragedia debe tener por teatro los lugares más concurridos. Ninguno tendrá necesidad de presenciarla si no quiere; pero sepan todos que existe, y obre en su imaginacion, ya que retiren y cierren sus ojos, si desean que en ellos no les afecte.

8. La facultad concedida á los tribunales para señalar otros puntos

que los acostumbrados, habiendo causas justas, es una facultad racional y necesaria, si se ha de atender como es conveniente á la ejemplaridad de las penas.—En cuanto al párrafo 3.°, que prohibe las ejecuciones en los dias festivos, tal habia sido nuestra práctica, y tal es la disposicion comun de todos los códigos modernos.

9. Al concluir sobre este artículo, añadirémos sólo que si él no ha consagrado las prácticas religiosas, que se observaron siempre en nuestra nacion, como acompañantes de la pena capital, tampoco ha dicho nada de donde se infiera que quiso abolirlas. No fué tal, de seguro, su intento, y por lo mismo deben continuar en los propios términos que hasta ahora.

Artículo 90.

«El sentenciado á la pena de muerte será conducido al patíbulo con hopa negra, en caballería ó carro.

»El pregonero publicará en alta voz la sentencia en los parajes del tránsito que el juez señale.»

CONCORDANCIAS.

Cód. brasil.—*Art.* 40. *El reo será conducido al suplicio con su traje ordinario, atado y por las calles más públicas; y le acompañará el juez criminal con su ugier y la fuerza militar necesaria.*

El cortejo será precedido del pregonero, el cual en alta voz leerá la sentencia que vaya á ejecutarse.

Art. 41. *El juez criminal que asista á el acto presidirá la ejecucion hasta su fin, y su ugier redactará un acta de ello, que quedará unida al proceso.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 40. *El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos, y en una mula llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia. Si se le hubiese impuesto esta pena con la de muerte, llevará descubierta la cabeza, y será conducido en un jumento en los términos expresados. Sin embargo, el condenado á muerte por traidor llevará atadas las manos á la espalda, descubierta y sin cabello la cabeza, y una soga de esparto al cuello.... Los reos sacerdotes que no hu-*

hieren sido préviamente degradados, llevarán siempre cubierta la cabeza con un gorro negro.

Art. 41. En todos los casos llevará el reo en el pecho y en la espalda un cartel qae con letras grandes anuncie su delito de traidor, homicida, asesino, reincidente en tal crímen, etc. Le acompañarán siempre dos sacerdotes, el escribano y alguaciles enlutados, y la escolta correspondiente.

Art. 43. Al salir el reo de la cárcel, al llegar al cadalso, y á cada doscientos ó trescientos pasos en el camino, publicará en voz alta el pregonero público el nombre del delincuente, el delito porque se le hubiere condenado, y la pena que se le hubiere impuesto.

Art. 45. Sobre el sitio en que haya de sufrir la muerte, y en la parte más visible, se pondrá otro cartel, que anúncie con letras grandes lo mismo que el pregon.

Artículo 91.

«El regicida y el parricida serán conducidos al patíbulo con hopa amarilla y un birrete del mismo color: una y otra con manchas encarnadas.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tít. 9, L. 9.—Poena parricidii more majorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus, deinde culleo ensuatur cum cane, gallo gallinaceo, et vipera, et simia, deinde in mare profundum culleus jectetur. Hoc ita si mare proximum sit: alioquin bestiis objiciatur, secundum Divi Hadriani constitutionem.....*

Partidas.—*L. 12, tít. 8, P. VII..... Mandaron los emperadores et los sabios antiguos que este atal que fizo esta nemiga* (el parricidio) *sea azotado ante todos públicamente, et desí que lo metan en un saco de cuero, et que encierren con él un can, et un gallo, et una culebra, et un ximio: et despues que él fuere en el saco con estas cuatro bestias, cosan ó aten la boca del saco, et échenlo en la mar ó en el rio que fuere más cerca de aquel lugar do esto acaesciere.....*

Cód. franc.—*Art. 13. El sentenciado á muerte por parricida será conducido al sitio de la ejecucion en camisa, descalzo, y cubierta la cabeza con un velo negro. Permanecerá expuesto sobre el cadalso mientras que un ugier lea al público la sentencia condenatoria, y en seguida será ejecutado.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 40. El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos á la espalda, y con una cadena al cuello, llevando un extremo de ésta el ejecutor de la justicia, que deberá preceder cabalgando en una mula.*

COMENTARIO.

1. En señalar los accesorios que han de acompañar á la pena de muerte, nuestra ley ha sido lo que debia: parca, sencilla y severa. Ha conservado el pregon, que es una lúgubre solemnidad: ha conservado la hopa, signo exterior de la reprobacion que acompaña al delincuente: ha conservado la caballería y admitido el carro, tradicional é histórica la primera, necesario á veces el segundo. Aun bajo la expresion de carro cabe indudablemente el coche, por si alguna vez estuviere justificado su uso.

2. En el caso del parricidio y el regicidio, se procura aumentar el horror, cambiando la vista de la hopa y el birrete. Este propósito no nos parece mal, sobre todo en el primer caso. Nuestra antigua legislacion, copiando á la romana, habia dispuesto un suplicio especial para los parricidas. Hoy no era posible conservarlo, por más que, en las circunstancias en que se dictó, nos parezca conveniente. Las idéas y las costumbres del dia no dan lugar ni admiten tales refinamientos. Lo que en este particular podia hacerse no es más que lo que dispone el artículo, ó alguna cosa semejante. La pena de muerte es bastante grave, é inmensamente ejemplar de por sí, siempre que se la administre alguna, pero rarísima vez.

Artículo 92.

«El cadáver del ejecutado quedará expuesto en el patíbulo hasta una hora ántes de oscurecer, en la que será sepultado, entregándolo á sus parientes ó amigos para este efecto, si lo solicitaren. El entierro no podrá hacerse con pompa.»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 11, tít. 31, P. VII.....—Et desque la justicia fuere complida en ellos, et la hovieren visto los homes, et fueren ya muertos los justiciados, si los pidieren sus parientes, ó homes religiosos ó otros cualesquier, debengelos otorgar, porque los sotierren.....*

Cód. franc.—*Art. 14. El cadáver del ejecutado será entregado á sus parientes, si lo pidieren, quedando obligados á enterrarlo sin aparato alguno.*

Cód. brasil.—*Art. 42. Los cuerpos de los ejecutados serán entregados á sus parientes, cuando lo pidan á los jueces que presidan la ejecucion; pero no podrán enterrarlos con pompa, incurriendo de lo contrario en la pena de prision de un mes á un año.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 46. Ejecutada la sentencia, permanecerá el cadáver expuesto al público en el mismo sitio hasta puesto el sol. Despues será entregado á sus parientes ó amigos, si lo pidieren, y si no será sepultado por disposicion de las autoridades, ó podrá ser entregado para alguna operacion anatómica que convenga. Exceptúanse de la entrega los cadáveres de los condenados por traicion ó parricidio, á los cuales se dará sepultura eclesiástica en el campo y en sitio retirado, fuera de los cementerios públicos, sin permitirse poner señal alguna que denote el sitio de su sepultura.*

COMENTARIO.

1. En todas, ó casi todas nuestras ciudades hay una hermandad religiosa de la Caridad, cuyo instituto la obliga á dar sepultura á los ajusticiados. La costumbre es que la misma hermandad los asista en la capilla, desde que se les notifica la sentencia hasta que parten para su ejecucion. La ley no ha hablado de esto, porque no es una cosa necesa-

ria; pero ni impide, ni ha sido su ánimo que esas piadosas prácticas dejen de tener cumplimiento.—Sin embargo, cuando se presentaren parientes del criminal pidiendo su cadáver, no cabe la menor duda en que á estos deberá ser entregado.

2. La ley de 1822 prevenia que no se les pudiese enterrar en cementerios públicos, y que tampoco se pudiesen poner inscripciones ó señales sobre sus tumbas. No sabemos si esto se halla mandado por regla general en alguna otra nacion, pero recordamos haber visto en el cementerio del P. Lachaise, en París, el sepulcro del Mariscal Ney cubierto sólo con una losa, en la que el Gobierno francés no habia permitido grabar ni áun siquiera su nombre.—Todo esto, extranjero ó español, nos parece exagerado. La ley debe prohibir que se celebren con pompa los funerales, y no consentirá tampoco que á pretesto de epitafios se escriban apologías del que ella condenó; pero prohibir la sepultura sagrada, y estorbar que la piedad de los hijos escriba encima el nombre de su padre, nos parece una exageracion sin utilidad alguna. Por eso celebramos que no la haya adoptado nuestro Código.

Artículo 93.

«No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se la imponga, hasta que hayan pasado cuarenta dias despues del alumbramiento.»

CONCORDANCIAS.

Digésto.—*Lib. I, tít. 5, l. 18.—Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam quae praegnans ultimo supplicio damnata est, liberum parere, et solitum esse servari dum partum ederet.*

L. XLVIII, tít. 19, l. 3.—Praegnantis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat.....

Partidas.—*L. 11, tít. 31, P. VII.—Otrosí decimos que si alguna mujer preñada ficisse por que debe morir, que la non deben matar fasta que sea parida. Ca si el fijo que es nacido non debe rescibir pena por el yerro, mu-*

cho ménos la meresce el que está en el vientre por el yerro de su madre....

Cód. franc.—*Art.* 27. *Si constare hallarse encinta una mujer condenada á muerte, no se ejecutará la pena hasta despues del alumbramiento.*

Cód. napol.—*Art.* 67. *Hallándose encinta una mujer condenada á muerte, no sufrirá la pena hasta despues que hubiese parido.*

Cód. brasil.—*Art.* 43. *Ninguna mujer que se halle encinta será ejecutada ni áun sentenciada á muerte, hasta que hayan transcurrido cuarenta dias despues del parto.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 68. *Ninguna sentencia en que se imponga pena á mujer embarazada, se notificará á ésta, ni se ejecutará hasta que pasen cuarenta dias despues del parto, á no ser que ella misma lo permita expresamente; pero la sentencia de muerte que cause ejecutoria no se le notificará, ni se ejecutará nunca hasta que se verifique el parto y pase la cuarentena.*

COMENTARIO.

1. La legislacion romana, con arreglo al segundo texto que hemos citado, no permitia que se impusiese pena alguna á la mujer que se encontraba encinta. Ese mismo era el sistema de nuestro Código de 1822; y no dudamos que en estos propios momentos habrá tambien quienes lo juzguen digno de ser atendido y de ser seguido. El temor de un aborto es, ciertamente, lo que inspira tales idéas.

2. Nuestro Código actual ha prescindido de ese recelo, cuando siguiendo á otras respetables leyes, sólo ha prohibido la notificacion y la ejecucion de la sentencia, en el caso que de la pena capital se tratara. El interés á que se atiende aquí es el de la criatura que la mujer embarazada lleva en su seno. La ley de Partida ha escrito con perfeccion y

exactitud el motivo de tal mandato: «ca si el fijo que es nacido non debe rescebir pena por el yerro del padre, mucho ménos la meresce el que está en el vientre por el yerro de su madre.»

3. Por nuestra parte confesamos, que no nos mueve mucho el temor de un aborto producido por una notificacion de pena no capital. La delincuente á quien se haya seguido el proceso, y que conozca lo que en su contra se ha reunido, no podrá ménos de aguardar lo que se le impusiere. Quizá todavía podrá esperar más; y sentirá un consuelo y un alivio, cuando se encuentre penada con ménos de lo que temió por razon de su culpa.

Artículo 94.

«La pena de cadena perpétua se sufrirá en cualquiera de los puntos destinados á este objeto en Africa, Canarias ó Ultramar.»

Artículo 95.

«La pena de cadena temporal se sufrirá en uno de los arsenales de marina, ó en obras de fortificacion, caminos y canales, dentro de la Península é islas adyacentes.»

Artículo 96.

«Los sentenciados á cadena temporal ó perpétua trabajarán en beneficio del Estado: llevarán siempre una cadena al pié, pendiente de la cintura, ó asida á la de otro penado: se emplearán en trabajos duros y penosos, y no recibirán auxilio alguno de fuera del establecimiento.

»Sin embargo, cuando el tribunal, consultando la edad, salud, estado, ó cualesquiera otras circunstancias personales del delincuente, creyere que éste debe sufrir la pena en trabajos interiores del establecimiento, lo expresará así en la sentencia.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tít. 19, L. 8.—Inter eos autem, qui in metallum, et eos qui in opus metalli damnantur, differentia in vinculis tantum est, quod qui in metallum damnantur gravioribus vinculis premuntur, qui in opus metalli levioribus....*

L. 36.—In metallum, sed et in ministerium metallicorum damnati, servi effiiciuntur, sed poenae.

L. 23.—Sine praefinito tempore in metallum dato, imperitia dantis, decennii tempora praefinita videntur.

L. 22.—In metallum damnati, si valetudine, aut aetatis infirmitate, inutiles operi faciendo deprehendantur, ex rescripto Divi Pii á praeside dimitti poterunt.....

Partidas.—*L. 4, tít. 31, P. VII.—Siete maneras son de penas..... La segunda es condenarlo que esté en fierros para siempre, cavando en los metales del rey, ó labrando en las otras sus labores, ó sirviendo á los que lo ficieren.....*

Nov. Recop.—*L. 8, tít. 40, Lib. XII..... 3.° Que los delincuentes de la segunda clase* (los de delitos feos y denigrativos, que suponen envilecimiento y total abandono del pundonor)..... *sean precisamente destinados á los arsenales del Ferrol, Cádiz y Cartagena, donde se les aplique indispensablemente por las años de sus respectivas cadenas á los trabajos penosos de bombas y demás maniobras ínfimas, atados siempre á la cadena de dos en dos..... 5.° Que atendida la penalidad y afan de estos trabajos cumplidos con la exactitud correspondiente, y para evitar el total aburrimiento y desesperacion de los que se vieren sujetos á su interminable sufrimiento, no puedan los tribunales destinar á reclusion perpétua, ni por más tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno; sino que á los más agravados..... se les pueda añadir la cualidad de que no salgan sin licencia, y segun fueren los informes de su conducta en los mismos arsenales por el tiempo expreso de su condena, el tribunal superior por quien fuere dada ó consultada la sentencia, pueda despues, con audiencia fiscal, proveer su soltura.....*

Cód. franc.—*Art. 15. Los hombres condenados á trabajos forzados sufrirán los que lo fueren más penosos: llevarán al pié una bala de cañon ó estarán sujetos dos á dos con una cadena, cuando lo permita la naturaleza de aquello en que se les emplee.*

Cód. austr.—*Art. 14. El sentenciado á la pena de prision durísima ó de tercer grado, será encerrado en una prision incomunicada, la cual no tendrá más cantidad de aire ni espacio que el necesario para conservar la vida. Continuamente tendrá aherrojados los piés y las manos, y, á excepcion del tiempo en que esté trabajando, estará siempre atado por medio de una cadena á un círculo de hierro que le rodee el cuerpo. Su comida consistirá en pan, agua y legumbres calientes, suministradas cada dos dias, sin que se le permita tomar carne: dormirá en una tabla rasa, y no podrá ser visitado ni hablar con nadie.*

Art. 13. El sentenciado á la pena de prision dura ó de segundo grado sólo llevará hierros en los piés: se le dará de comer todos los dias, y á excepcion de carne tendrá alimentos calientes: su cama será una tabla rasa; y no podrá tener comunicacion sino con las personas inmediatamente encargadas de su custodia.

Art. 17. La pena de prision podrá agravarse: 1.°, con el trabajo público..... 3.°, con azotes: 4.°, con el ayuno.

Cód. napol.—*Art. 8.° La pena de cadena someterá al culpable á trabajos en beneficio del Estado. Esta pena es de dos especies para los hombres. La primera se sufrirá en los baños, en la cual los sentenciados llevarán al pié una cadena, bien sean sólos, ó bien unidos de dos en dos, segun la especie de trabajo á que se les destine.*

Cód. brasil.—*Art. 44. La pena de galeras someterá á los culpables á andar unidos ó separados con un anillo al pié y una cadena de hierro, y á ser empleados en los trabajos públicos de la provincia en que se haya cometido el delito, á disposicion del gobierno.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 47. Los reos condenados á trabajos perpétuos serán conducidos al establecimiento más inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros.*

Art. 48. Constantemente llevarán una cadena que no les impida trabajar, bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya. Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los más duros y penosos; y nadie podrá dispensárselos sino en el caso de enfermedad, ni se les permitirá más descanso que el preciso.

Art. 55. Los reos sentenciados á obras públicas serán inmediatamente conducidos á los establecimientos de esta clase, procurándose que sean los más inmediatos al pueblo en que se hubiere cometido el delito. Estos reos saldrán á trabajar públicamente y sin excepcion en los caminos, canales, construccion de edificios, aseo de calles, plazas y paseos públicos, sujetos de dos en dos con una cadena más ligera que la de los condenados á trabajos perpétuos. Durante el tiempo de su condena nadie podrá dispensarles del trabajo sino en el caso de enfermedad, ni se les permitirá más descanso que el preciso.

COMENTARIO.

1. Hé aquí las definiciones de las dos penas que siguen á la de muerte en la primera de las escalas graduales, de la cadena perpétua, y de la cadena temporal. Ademas de lo que como accesorio llevan consigo (artículos 52 y 55), ellas de por sí producen las penalidades que en estos otros, 94, 95 y 96, acabamos de considerar. El condenado á tales castigos se vé sujeto á duros y penosos trabajos, lleva una cadena al pié, no recibe auxilios de fuera del establecimiento, y, si su condena es perpétua, se vé trasladado para cumplirla á remotas, ultramarinas regiones.

2. No podia á la verdad ser de otro modo. Observemos que estas penalidades son de las más altas, y se comprenderá si es necesario que sean graves y terribles. Si no lo fuesen, la consecuencia sería multiplicar de un modo inconveniente la pena capital. Los grandes crímines es menester que con castigos proporcionados se penen. Al bandido, al pirata, al rematadamente facineroso, que ha envilecido su espíritu en el fango del crímen, es necesario imponerle semejantes penas.

3. Aun con toda la dureza que nosotros le reconocemos, no tiene tanta nuestra cadena como la prision durísima del código austriaco. Aquí no se preceptúa que la cama sea sólo un tablon, que no se pueda suministrar nunca carne á los rematados, ni que sólo se les dé de comer una vez en dos dias. Tampoco se habla aquí de ayuno agravante, despues de esa singular parsimonia; ni se añade, por último, el accesorio de los azotes ni la incomunicacion absoluta. Lo que prescribe nuestro Código no es más que lo admitido en todos los pueblos civilizados. No hay en él refinamiento, ni de horrores ni de crueldades.

4. Lo que inferimos de estas breves consideraciones es la triste necesi-

dad en que se vé la ley de adoptar el uso de tales castigos. Si los aplica bien ó los aplica mal; si en esto es merecedora de crítica ó de alabanza, eso no lo podemos decir en este punto. Eso lo dirémos en cada cual de los casos en que la veamos decretar cadenas temporales ó cadenas perpétuas.

Artículo 97.

«Los sentenciados á cadena temporal ó perpétua no podrán ser destinados á obras de particulares ni á las públicas que se ejecuten por empresas ó contratas con el Gobierno.»

COMENTARIO.

1. Es un acto insigne de humanidad la consagracion de este principio. El desórden y los abusos que hemos presenciado en la materia, de algunos años á esta parte, exigian ese radical remedio. Era menester que cortase la ley de todo punto tamaño escándalo, que pusiese fin á esa esclavitud, la más dura y horrible entre todas las esclavitudes.

2. No acusamos aquí á todas las empresas á las cuales se han concedido ántes de ahora presidiarios para ejecutar sus obras. Sabemos que algunas, y creemos que algunas más, los han tratado humanamente, si no por caridad ni filantropía, al ménos por decoro y por cálculo. Pero la conducta de otras ha sido horrenda. Al ver que ha llegado el caso de formarse causas criminales contra los jefes de tales empresas, ya podrá cualquiera concebir de qué género habrá sido su conducta. Nosotros, que hemos tenido el deber de examinar un proceso de esta especie, aseguramos que la realidad excedia á todos los temores posibles, y que tan fria y desalmada criminalidad no podia encontrar comparacion con otra ninguna de nuestros tiempos.

3. Ahora bien: cuando tales hechos han sucedido; cuando no era de ningun modo imposible su repeticion, toda vez que el interés particular podia producirla; cuando todos los recursos que para impedirlo se adoptasen podian ser burlados por el mismo interés, como no fuese la prohibicion absoluta de tales concesiones, claro está que sólo con ella cumpliria el Código sus deberes y garantizaria la existencia de unos hombres desgraciados y criminales, pero á los que no ha querido arrancársela. Su castigo legal es la cadena, tal como en estos artículos se define; y cuando se entregan á empresas particulares, bien puede ser, pues

que ya lo ha sido, una cadena más dura. ¿Quién no aprobará, por consiguiente, lo que la humanidad y la justicia han inspirado de comun acuerdo?

Artículo 98.

«El condenado á cadena temporal ó perpétua que tuviere ántes de la sentencia 60 años de edad, sufrirá la condena en una casa de presidio mayor. Si los cumpliere estando ya sentenciado, se le trasladará á dicha casa presidio, en la que permanecerá durante el tiempo prefijado en la sentencia.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 70. *A ninguna persona que en el momento de la sentencia haya cumplido la edad de* 70 *años, podrán imponerse las penas de trabajos forzados, perpétuos ó temporales, ni deportacion.*

Art. 71. *En lugar de esas penas se le impondrá la de reclusion perpétua ó temporal, segun la duracion de la pena que reemplace.*

Art. 72. *Los que, hallándose cumpliendo las penas de trabajos forzados, perpétuos ó temporales, cumplieren* 70 *años de edad, extinguirán lo que les quede de su condena en una casa de reclusion, como si sólo se les hubiera impuesto esta últimn pena.*

Cód. napol.—*Art.* 68. *La pena de cadena, ora se sufra en los baños, ora lo sea en presidio, y áun cuando haya principiado su ejecucion, se cumplirá en todo caso en un establecimiento de reclusion, desde el momento en que el sentenciado cumpla la edad de* 70 *años.*

Cód. brasil.—*Art.* 45. *En ningun caso se impondrá la pena de galeras.....* 2.° *A los menores de* 21 *años ni á los mayores de* 60, *á los cuales se impondrá en su lugar la de prision con trabajo por igual tiempo.*

Cuando un sentenciado á la pena de galeras cumpla la edad de 60

años, mientras estuviere sufriéndola, se sustituirá con la de prision con trabajo, por todo el tiempo que le falte para extinguirla.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 64. *Al que en la época de la ejecucion pase de 70 años, no se le podrá tampoco imponer pena de trabajos perpétuos, deportacion, obras públicas ni presidio.*

Art. 66. *El mayor de 70 años será destinado á reclusion por el resto de su vida, si la pena de su delito fuere la de trabajos perpétuos ó deportacion; ó por el tiempo respectivo, si fuere de presidio ú obras públicas. El que en éstas ó en trabajos perpétuos cumpla la edad de 70 años, pasará á acabar sus dias ó el resto de su condena en una casa de reclusion, ocupándose en lo que permitan sus fuerzas.*

Artículo 99.

«Las mujeres que fueren sentenciadas á cadena temporal ó perpétua, cumplirán su condena en una casa de presidio mayor, de las destinadas para las personas de su sexo.»

CONCORDANCIAS.

Cód franc.—*Art.* 16. *Las mujeres que fueren sentenciadas á trabajos forzados, serán recluidas en una casa-galera, y empleadas en trabajos interiores del establecimiento.*

Cód. austr.—*Art.* 18. *Solamente los hombres pueden ser condenados al trabajo público.....*

Cód. napol.—*Art.* 10. *Las mujeres condenadas á la pena de cadena serán empleadas en trabajos interiores de una casa de reclusion.*

Cód. brasil.—*Art.* 45. *En ningun caso se impondrá la pena de galeras: 1.° A las mujeres. Cuando éstas cometan algun delito que lleve consigo esa pena, serán condenadas por igual tiempo á la de prision, donde se las empleará en trabajos análogos á su sexo.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 67. *Las mujeres no podrán ser condenadas á trabajos perpétuos, obras públicas, ni presidio. Si cometieren delito á que esté impuesta la pena de trabajos perpétuos, serán deportadas, ó si incurrieren en la de obras públicas ó presidio, sufrirán el tiempo respectivo en una casa de reclusion.*

COMENTARIO.

1. Las reglas que se fijan en estos artículos 98 y 99 son reglas de decencia y de humanidad. Su concepcion es tan natural y sencilla que no hay un solo código moderno que no las haya consagrado. Tanto la vejez como la debilidad del sexo, deben eximir de ciertas durísimas condenas.—Nuestra ley, fijando la primera á los 60 años, y no á los 70 como algunas otras, ha tenido presente la naturaleza de nuestro clima, donde en efecto se envejece más pronto. Ya el código del Brasil habia dispuesto lo mismo.

2. En cuanto á la pena sustituida, parécenos que lo es el presidio justamente. El presidio corresponde á la misma escala, y por tanto no se sale de la analogía; y además, segun esta nueva ley, sus trabajos son interiores, pudiéndolos así sufrir el anciano y la mujer.

Artículo 100.

«La reclusion perpétua se sufrirá en un establecimiento situado dentro ó fuera de la Península, y en todo caso lejano del domicilio del penado.

»Todos los condenados á esta pena están sujetos á trabajo forzoso en beneficio del Estado, dentro del recinto del establecimiento. El trabajo, disciplina, traje y régimen alimenticio serán uniformes.»

Artículo 101.

«La reclusion temporal se cumplirá en la misma forma que la reclusion perpétua, pero dentro de la Península é islas Baleares ó Canarias.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art. 21. Toda persona de uno ú otro sexo sentenciada á la pena de reclusion, será encerrada en un establecimiento destinado á este fin, y empleada en trabajos, de cuyo producto podrá señalársele una parte, conforme á los reglamentos.—Su duracion no podrá bajar de cinco ni exceder de diez años.*

Cód. napol.—*Art. 7. La pena del* ergástolo *consistirá en la reclusion del reo, durante su vida, en una fortaleza de una isla, con sujecion á los reglamentos.*

Las mujeres sufrirán el ergástolo *en una casa de reclusion con los rigores que determinen los mismos reglamentos.*

Art. 11. Los sentenciados á la pena de reclusion serán encerrados en uno de los establecimientos destinados á este fin, y sometidos á trabajo forzoso, de cuyo producto podrá señalárseles una parte, conforme á los reglamentos que forme el Gobierno. Su duracion es de seis á diez años.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 60. El reo condenado á reclusion será conducido desde luego á la casa más inmediata, y en ella, sin poder salir nunca hasta que cumpla el tiempo de su condena, trabajará constantemente en el oficio, arte ú ocupacion para que sea más proporcionado, sin prisiones, á no ser que las merezca por su mala conducta, segun los reglamentos, y con la precisa circunstancia de que ninguno pueda estar sin ocupacion efectiva y proporcionada, en la cual no habrá nunca rebaja, exencion ni dispensa. El importe de lo que ganare, despues de rebajársele lo necesario para su alimento y vestido, se le reservará para entregárselo puntual-*

mente al terminar su condena, ó para suministrarle algun extraordinario que apetezca en ciertas épocas del año.

COMENTARIO.

1. Pasamos aquí á una pena correspondiente á distinta escala que la anterior. Dejamos la idéa del trabajo público, como fundamental, para recaer en la del encierro. En vez de la cadena, tenemas la reclusion.

2. No es esto decir que los reclusos hayan de permanecer ociosos, ú ocupados cada cual en lo que les pluguiere. Se ha de trabajar, dice el artículo, en aquellos establecimientos, y el trabajo ha de ser uniforme. Si por esta palabra no se da á entender una igualdad absoluta, es decir, que todos trabajen en esteras ó en zapatos, se da á entender, sí, una analogía de ocupaciones, y una identidad de régimen respecto á ellas. Una casa de reclusion ha de ser una comunidad bien dirigida y ordenada, en la que ninguno se exima de las reglas comunes y de la disciplina géneral.

3. Los artículos que examinamos previenen que la reclusion se debe cumplir en un punto lejano del domicilio del penado. Tenemos, pues, en este particular una excepcion que no se ha consignado sin su motivo. En todas las penas que consisten en algo público, se busca que el lugar de su ejecucion sea lo más próximo posible al lugar en donde fué el delinquimiento: esa circunstancia contribuye poderosamente á la ejemplaridad. Pero aquí no se trata de un castigo que se haya de sufrir públicamente: aquí el trabajo es interior; y el verdadero castigo, en la pérdida de la libertad es en lo que principalmente consiste. Sin duda alguna, el mal de esta pérdida se agrava con el alejamiento de aquellos lugares en que de contínuo habitamos. Ser encerrado en la cárcel de nuestro pueblo, es un mal mayor que ser encerrados en nuestra casa: serlo á una distancia de cien leguas ó pasado el mar, lo es tambien mayor que el serlo en aquella cárcel. Por eso, por aumentar el mal de esta pena, se dice que siempre se procurará tal lejanía: por eso se dice tambien que la reclusion temporal se ha de sufrir en la Península é islas adyacentes, miéntras que para la perpétua, que es más grave, se autoriza toda la extension de nuestro territorio.

4. Lo único que tenemos que añadir es la expresion de nuestro sentimiento porque no se haya hecho más uso de estas penas, y de todas las de su escala comparativamente con las anteriores y las de la suya. La tendencia de nuestra civilizacion nos lleva de tal modo á ese sistema, que creemos bien que ántes de mucho ha de ser esta série la general, quedando las restantes, es decir, las escalas 1.ª y 3.ª solamente para casos de excepcion.

Artículo 102.

«Las penas de relegacion perpétua y temporal se cumplirán en Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno.

»Los relegados podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la autoridad, á su profesion ú oficio dentro del radio á que se extiendan los límites del establecimiento penal.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tít. 19, L. 2..... Constat, posquam deportatio in locum aquae et ignis interdictionis successit, non prius amittere quem civitatem, cuam Princeps deportatum in insulam statuerit: praesidem enim deportare non posse nulla dubitatio est.....*

L. 4.—Relegati, sive in insulam deportati debent locis interdictis abstinere.....

L. 24.—Eorum qui relegati sunt ex causa majestatis, statuas detrahendas scire debemus.

Partidas.—*L. 3, tít 18, P. IV.—Relegatus, en latin, tanto quiere decir en romance como home condenado, otorgado á pena por algunt mal que fizo, á que mandan que vaya á morar á algun logar para siempre ó para tiempo cierto, mas non le tuellen los bienes que ha.....*

L. 4, tít. 314, P. VII.—Siete maneras son de penas..... La tercera es cuando destierran á alguno para siempre en alguna isla, ó en algunt lugar cierto, tomándole todos sus bienes..... La quinta es cuando destierran á algunt home por tiempo cierto en alguna isla, ó para siempre, non le tomando sus bienes.....

Cód. franc.—*Art. 17. La pena de deportacion consiste en ser conducido y permanecer perpétuamente en un punto que determine el Gobierno, fuera del territorio continental de Francia.*

Cód. napol.—*Art. 12. La relegacion se ejecutará conduciendo al reo á una isla, para que en ella permanezca libremente por el tiempo de la condena, que no podrá bajar de seis ni exceder de diez años.*

Cód. brasil.—*Art. 54. La pena de deportacion obligará á los culpables á residir en el punto que se prefije por la sentencia, sin poder salir de él durante el tiempo que la misma señale.*

En la sentencia no podrá jamás designarse como punto para la deportacion alguno de los comprendidos en la comarca de la residencia del ofendido.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 50. El reo condenado á deportacion será conducido á una isla ó posesion remota, de donde no pueda fugarse, y permanecerá en ella para siempre. El deportado será destinado en su deportacion á los trabajos ú ocupaciones que su jefe disponga, conforme á los reglamentos respectivos; pero podrá en los casos y términos de los artículos 144, 146, 147, 148, 149* (rebaja de la pena por el arrepentimiento y buena conducta del reo), *obtener en la isla ó posesion algunos ó todos los derechos civiles, y los empleos y cargos que el Gobierno quiera conferirle.*

COMENTARIO.

1. Seguimos trasladándonos de una escala á otra. En este artículo pasamos á la tercera, y encontramos explicada la naturaleza de la relegacion ó deportacion. En esta pena no hay encierro: en esta pena no hay trabajo forzoso ni en beneficio del Estado. Los límites que contienen al deportado son los de la isla ó region á donde se le destierra. Si tiene bienes y no quiere trabajar, nadie puede obligarle á ello. Si no los posee se dedicará á lo que su gusto y sus intereses le inspiren. La verdadera penalidad de este castigo consiste en vivir á millares de leguas de la patria, sin poder, mientras dure, tornar á ella.

2. El artículo no señala á qué parte de Ultramar se han de dirigir los deportados. En esa libertad que deja al Gobierno y á los tribunales se encierra naturalmente un elemento poderoso de distincion, que el uno y los otros podrán hacer. No es lo mismo ser relegado á la isla de Cuba, que á las Filipinas, que á las Marianas. La distancia, la facilidad de comunicaciones, los medios de subsistencia, todo es diferente. El últi-

mo de esos tres puntos sería sin duda alguna, para nosotros, el preferible, á no detenernos una consideracion. En las Marianas será muy raro el condenado que encuentre recursos para sostenerse. Una de dos cosas, pues: ó es necesario que no se envie allí sino á la clase de hombres que pueden vivir donde quiera, ó lo es que el Gobierno auxilie y áun mantenga á los que de otro modo perecerian en aquellos dominios. Esa libertad del trabajo que el artículo proclama sería sólo burla é irrision, si se enviase á un deportado á donde no puede trabajar, porque no hay objeto á sus conocimientos. ¿Qué harian en aquellas islas un abogado ó un hombre de letras?

Artículo 103.

«El sentenciado á extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre, si fuere perpétuo; y si fuere temporal, por el tiempo de la condena.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 32. *Toda el que sea condenado á la pena de extrañamiento, será conducido por órden del Gobierno fuera del territorio del reino, por un tiempo que no bajará de cinco ni excederá de diez años.*

Cód. austr.—*Art.* 22. *El extrañamiento sólo podrá imponerse á los delincuentes extranjeros, y será extensivo á todas las provincias en que rige el presente código. Si el reo fuere de carácter especialmente peligroso, se le impondrá además la marca, la cual consiste en ponerle en el lado izquierdo del cuerpo, de una manera clara é indeleble, la letra R, con la inicial del nombre de la provincia en que se hubiere dictado la sentencia.*

Cód. napol.—*Art.* 43. *El destierro del reino se ejecutará llevando al reo fuera de su territorio, sin que pueda volver á él durante el tiempo de la condena.*

Será perpétuo ó temporal. En este último caso no podrá bajar de cinco ni exceder de veinte años.

Cód. brasil.—*Art. 50. La pena de extrañamiento privará para siempre á los culpables de los derechos de ciudadano, y los incapacitará perpétuamente para habitar el territorio del imperio.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 52. El que sea destinado á destierro perpétuo ó extrañamiento del territorio español, será conducido hasta ponerle fuera de él.*

COMENTARIO.

1. La relegacion consistia en hacer vivir al condenado en una posesion ultramarina lejana de su anterior domicilio, y sin permitirle volver á éste: el extrañamiento consiste en arrojarlo de todo el territorio español, cerrándole tambien las puertas, para que no torne á pisarlo. Esta pena se imponia frecuentemente en nuestra legislacion pasada contra los eclesiásticos que faltaban á lo prevenido en las leyes reales: hoy se le ha dado un uso más comun; y seguramente aún lo deberá tener mayor en los delitos políticos, cuando no se tema que esa expulsion del reino se ha de convertir en una posicion revolucionaria. Luego que deje de haber emigrados y pretendientes, el extrañamiento ha de ser una pena más usual y más estimable.

2. Ha habido algun código que sólo ha impuesto esa pena á los extranjeros, no queriendo sin duda que sus súbditos propios fuesen á infestar otros paises. Ese escrúpulo nos parece un error. No se ha de creer que el que cometa cierta clase de delitos deba ser siempre y por todas partes un hombre perjudicial. Quitándole del país en que los cometió, sacándole de su patria, puede ser persona muy apreciable. Sólo los facinerosos de oficio lo son siempre y en donde quiera. Pero á éstos no se les extraña: á éstos se les encadena, ó se les pone en presidio cuando ménos. Los extrañados por nuestro Código no han de ir á robar, á incendiar, ni á asesinar á los paises circunvecinos.

Artículo 104.

«Las penas de presidio se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, los cuales deberán estar situados: para el presidio mayor, dentro de la Península é islas Baleares ó Canarias; para el menor, dentro del territorio de la Audiencia que lo imponga; y para el correccional, dentro de la provincia en que tuviese su domicilio el penado, y en su defecto en la que hubiere cometido el delito.

»Los condenados á presidio estarán sujetos á trabajo forzoso dentro de los límites del establecimiento en que sufran la pena.»

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—*Art.* 8.° *La segunda* (especie de cadena) *se sufrirá en presidio. En virtud de esta pena quedará sometido el reo á trabajos interiores en una fortaleza, teniendo en la pierna derecha un aro de hierro, y sujetándose á lo dispuesto por los reglamentos.*

La pena de cadena no se sufrirá en presidio, sino en los casos en que de una manera expresa lo determine la ley.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 57. *Los reos condenados á presidio serán conducidos inmediatamente al que se designe en la sentencia; y en él, sin cadena ni otras prisiones, á ménos que las merezcan por la mala conducta que observen, serán destinados al servicio de hospitales, oficinas ó establecimientos públicos, reparacion ó construccion de obras, y limpieza de la poblacion, segun la calidad de cada uno; con la precisa circunstancia de que ninguno pueda estar sin ocupacion constante y efectiva, en lo cual no habrá nunca exencion, dispensa ni rebaja.*

Artículo 105.

«El producto del trabajo de los presidiarios será destinado:

«1.º Para hacer efectiva la responsabilidad civil de aquellos, proveniente del delito.

»2.º Para indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen.

»3.º Para proporcionarles alguna ventaja ó alivio durante su detencion, si lo merecieren; y para formarles un fondo de reserva que se les entregará á su salida de presidio.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 41. *El producto del trabajo de los detenidos por delito correccional será destinado para los gastos comunes del establecimiento, para proporcionarles algun alivio, si lo merecen, y para formarles un fondo de reserva para su salida, todo conforme á lo que dispongan los reglamentos de administracion pública.*

Cód. napol.—*Art.* 23. *El producto del trabajo de los detenidos por causa correccional, será destinado:*

1.º *Para reparar los daños causados por el delito, si el reo no tiene otros medios de realizarlo.*

2.º *Para los gastos comunes del establecimiento penal.*

3.º *Para proporcionarles algun alivio si lo merecieren, y para formarles un fondo de reserva, para cuando extingan la condena, todo conforme á lo que dispongan los reglamentos.*

COMENTARIO.

1. La palabra *presidio* significa en su orígen fortaleza, lugar fortificado. De aquí vino la frase trabajar en presidio, como trabajar en fortificaciones. Despues, aquella expresion ha ido perdiendo su significado

recto y propio, para no conservar sino las idéas de la condena y del trabajo. A Cádiz no se le llama un presidio, aunque es plaza fuerte: si se llama tal á Ceuta ó á Melilla, no consiste en sus murallas, sino en que han sido constantemente grandes depósitos de condenados á trabajos de *presidiarios*.

2. Nuestro Código ha conservado las palabras, pero ha modificado su significacion. El trabajo de lo que se llama presidio no es un trabajo de fortaleza, no es siquiera un trabajo público, como lo fué el de los presidios internos ó peninsulares. El trabajo público sólo corresponde á la *condena:* el que se señala aquí como propio de los presidios se ha de cumplir en los mismos establecimientos. Al que no es más que *presidiario*, no han de sacarlo á la calle para que trabaje.

3. De esta doctrina de la ley, y de no contener alguna más explicacion, se sigue un notable inconveniente, á saber: que no se diferencian lo bastante, segun sus definiciones, el *presidio* y la *reclusion*: que aparte el tiempo en que duran la una y la otra pena, por lo que es su naturaleza misma, parecen completamente homogéneas. Ahora bien: esto es un defecto, pues que el *presidio* y la *reclusion* corresponden á dos distintas escalas, cuyas idéas fundamentales no pueden, no deben ser unas propias. En la *reclusion*, ya lo hemos dicho, debe dominar la idéa del encerramiento; en el *presidio* la de la dureza del trabajo.

4. Creemos que los reglamentos que el Gobierno formará para el régimen de tales casas pondrán en ese defecto el remedio oportuno. Es necesario que la conciencia pública no confunda los establecimientos de ambas clases: de otro modo se perderia la utilidad de haberlos concebido y decretado.—En buen hora que no sea público el trabajo del *presidio*, para no confundirlo con el de la *cadena;* pero es menester que tampoco se confunda con el de la reclusion. Dénsele distintos accidentes, que conserven en el ánimo comun la antigua y justa repugnancia que inspira su nombre. No tratemos al responsable de delitos viles con la misma delicadeza que al de delitos, permítase la expresion, decentes.

5. El art. 105 dispone lo que se ha de hacer con el producto del trabajo de los presidiarios: reglas sencillas y naturales. La satisfaccion de su responsabilidad civil debe ser lo primero hasta completarla; despues viene la indemnizacion al establecimiento que los sustenta; en último lugar, como es justicia, sus personales ventajas.—No sabemos si se habrá echado de ménos en las penas de cadena y de reclusion un precepto semejante. Si así fuere, harémos observar que el encadenado y el recluso trabajan sólo en beneficio del Estado.

Artículo 106.

«La pena de prision se cumplirá en los establecimientos destinados para ello, los cuales deberán estar situados: para la mayor, dentro de la Península é islas Baleares ó Canarias: para la menor, dentro del territorio de la Audiencia que la imponga: y para la correccional, dentro de la provincia en que el penado tuviere su domicilio, y en su defecto en la que hubiere cometido el delito.

»Los condenados á prision no podrán salir del establecimiento en que la sufran durante el tiempo de su condena, y se ocuparán para su propio beneficio en los trabajos de su eleccion, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria.

»Estarán, sin embargo, sujetos forzosamente á los trabajos del establecimiento, hasta hacer efectivas las responsabilidades señaladas en los *números* 1.° y 2.° del artículo anterior: tambien lo estarán los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido y honesto.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art. 40. El sentenciado á la pena de prision será encerrado en una casa de correccion, y estará sujeto á uno de los trabajos establecidos en ella, segun escoja. La duracion de esta pena será de seis dias cuando ménos, á cinco años cuando más, salvo el caso de reincidencia y otros en que la ley disponga diferentes límites.*

Cód. austr.—*Art. 12. El sentenciado á la pena de prision simple ó de segundo grado, será encerrado cuidadosamente, pero sin cadenas, y alimentado en la forma que prevengan los respectivos reglamentos. No se le permitirá más bebida que agua, y no podrá recibir visitas, ni hablar con persona alguna sino á presencia del alcaide, y en un idioma que éste comprenda.*

Art. 21. El primero y segundo grado de prision pueden ir acompañados del ayuno, hasta el punto de no darse al reo algunos dias más que pan y agua. El ayuno, sin embargo, no puede durar más que de tres á siete dias, y estos no pueden ser seguidos.

Cód. napol.—*Art. 22. La pena de prision se ejecutará en una casa de correccion, en la cual permanecerán los reos, ocupándose forzosamente en trabajos de su eleccion, pero que sean de los establecidos en la misma casa.*

Cód. brasil.—*Art. 46. La pena de prision con trabajo obligará á los culpables á ocuparse diariamente de los que les señalen la sentencia ó los reglamentos, dentro del recinto del establecimiento penal.*

Art. 47. La pena de prision simple obligará á los culpables á estar encerrados en las prisiones públicas por el tiempo que determine la sentencia.

Art. 48. Las penas de prision se sufrirán en las cárceles públicas que ofrezcan más comodidad y seguridad, debiendo los jueces designar en la sentencia las más inmediatas en cuanto sea posible al lugar en que se cometió el delito.

Cuando la pena sea la de prision simple que no exceda de seis meses, se sufrirá en la cárcel, sea cual fuese, del lugar de la residencia del culpable, ó del más inmediato, señalándose éste en la sentencia.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 71. El sentenciado á prision en una fortaleza será puesto en un castillo, ciudadela ó fuerte, y no podrá salir de su recinto interior hasta cumplir su condena.*

COMENTARIO.

1. La prision es á la reclusion, segun nuestro Código, como el presidio es á la cadena: grado ó grados más inferiores en la misma escala, castigos análogos y de naturaleza semejante. Así como el presidio correccional, menor y mayor, habia de cumplirse en la provincia, en el territorio, ó en la Península é islas adyacentes, así la prision de las mismas clases se ha de cumplir en localidades de la misma categoría. La distancia, como se há notado en otra ocasion, va agravando la pena en

estos castigos que no se verifican en público; así como sucederia lo contrario si en público se verificasen.

2. Pero si en ese particular guarda está pena con la de presidio la debida analogía, en otros puntos es, como debe ser, bien diferente. Aquí el trabajo es electivo en el penado, siempre que no trastorne la disciplina reglamentaria de la casa. Permitiráse, por ejemplo, al hombre de letras su ordinaria ocupacion de escribir, siempre que lo haga en las horas que se destinan á la labor comun; y áun se podrá permitir al músico que trabaje en su instrumento, siempre que no incomode con el ruido las ocupaciones ó el órden de los demás. Lo importante es aquí la prision: el género de ocupaciones no se embaraza sino en cuanto sea necesario para el órden mismo.

3. Y ¿qué dirémos del que, siendo rico, no quiera ocuparse en nada, ó se ocupe sólo de lecturas y cosas agradables?—En nuestro juicio no puede haber inconveniente para ello. Con tal que satisfaga al establecimiento sus desembolsos, y que extinga sus responsabilidades, no comprendemos por qué ha de hacérsele trabajar sólo por encontrarse en prision. El trabajo, repetimos, no entra en la esencia de esta responsabilidad, toda vez que el sentenciado á ella no lo ha de prestar en beneficio del Estado, sino para su propio beneficio. Si pues no tienen necesidad de él, nadie puede obligarlos á que lo sufran. La disciplina los constreñirá á estar quietos, y á no trastornar el órden comun; pero no podrá constreñirlos á que se ocupen en lo que no quieran ocuparse.

4. La disposicion del párrafo 3.° que sujeta á los condenados de esta pena á los trabajos del establecimiento, hasta que satisfagan las obligaciones de que hemos hablado más arriba, se entiende,—y no puede entenderse de distinto modo,—cuando de otra suerte no las satisfagan. Pero el hombre rico, que puede hacerlo con sus rentas, el pintor que puede hacerlo con sus cuadros, el hombre de ciencia que puede hacerlo con sus libros, sería absurdo el quererlos obligar á que lo hiciesen con un trabajo manual y mecánico, para el que una muy diversa educacion no los ha hecho de ninguna suerte apropósito.

Artículo 107.

«Los sentenciados á confinamiento mayor serán conducidos á un pueblo ó distrito situados en las islas Baleares ó Canarias, ó á un punto aislado de la Península, en el cual permanecerán, en plena libertad, bajo la vigilancia de la autoridad.

»Los que fueren útiles por su edad, salud y buena conduc-

ta podrán ser destinados por el Gobierno al servicio militar, si fueren solteros, y no tuvieren medios con que subsistir.»

CONCORDANCIAS.

Cód. esp. de 1822.—*Ar.* 24. *El confinamiento impondrá al culpable la obligacion de residir en el punto que se le designe dentro del distrito de su valle ó provincia, á distancia por lo ménos de seis millas del lugar de su domicilio, y del en que se cometió el delito.*

Art. 72. *El reo sentenciado á confinamiento en un pueblo ó distrito determinado, no podrá salir de éste y de sus arrabales, y tendrá obligacion de noticiar á la autoridad local su habitacion y modo de vivir.*

Artículo 108.

«El sentenciado á confinamiento menor residirá precisamente en el punto que se le señale en la condena, del cual no podrá salir durante ésta sin permiso del Gobierno, por justa causa.

»El lugar del confinamiento distará al ménos diez leguas del en que se hubiese cometido el delito, y de el de la anterior residencia del sentenciado.»

COMENTARIO.

1. Las diferencias entre el confinamiento menor y el mayor son las siguientes: 1.ª De tiempo: el primero dura de cuatro á seis años, y el segundo de siete á doce. 2.ª De lugar: el primero puede ser próximo al domicilio del reo, con tal que esté diez leguas, y el segundo debe ser remoto, hasta en las islas Baleares ó Canarias. 3.ª De facilidad de salir: en aquel puede concederla el Gobierno por justa causa, y en éste no le es permitido. 4.ª De efectos complementarios: el segundo sujeta al que lo padece á la vigilancia de la autoridad, y el primero no le sujeta. 5.ª De una especial consecuencia, que tiene el confinamiento mayor, y que no se encuentra en otra pena alguna; la de autorizar al Gobierno

para que destine al servicio de las armas á los que le sufren, cuando concurren en ellos las circunstancias apreciables que el artículo indica.

2. Este particular del servicio de las armas fué largamente debatido en la Comision. Bajo todos los aspectos posibles se examinó en ella si convenia una pena de este género, y el resultado fué dejar al Gobierno esa facultad que acaba de trascribirse. Por nuestra parte, juzgamos que hará mal el Gobierno mismo si no la emplea. Hay muchos delincuentes jóvenes, de delitos que no manchan, los cuales podrian ser soldados útiles, ganando al mismo tiempo mucho para sí. El servicio del ejército produce tan buenos resultados como una penitenciaria; doma las pasiones, acostumbra á la disciplida, y realza además la parte de moralidad y de pundonor. Seguro es que á un ladron no debe vestirse la casaca de nuestra milicia; pero ¿qué mal hay en que la lleve el que fué procesado por una conspiracion, nacida quizá de lo ufano y brioso de su carácter?

3. Una advertencia tenemos que hacer, hablando del confinamiento. La ley ha dejado á los tribunales plena facultad para señalar el sitio á donde el reo merecedor de esta pena haya de ser confinado. Pero eso no quiere decir que no deba haber regla ni límite ninguno para tal designacion. Los tribunales deben considerar qué clase de persona es á la que sentencian, qué modo de vivir tiene, en qué oficio ó profesion se ocupa, para no destinarle sino á donde puede encontrar recursos y ocuparse útil y fructuosamente. Lo contrario sería una inhumanidad, una injusticia. Confinar un artista ó un abogado á una poblacion pobre y subalterna, fuera, no confinarlos, sino condenarlos á perecer. Este es el peligro de tal pena: su desigualdad, sus consecuencias tan diferentes para cada persona. Parece muy sencillo el decir á un hombre que vaya á vivir á tal punto; y sin embargo, es fácil, muy fácil, reducirle de ese modo á la desesperacion.—Por eso, lo que la ley no puede fijar, la prudencia de los tribunales debe considerarlo.

Artículo 109.

«El sentenciado á destierro quedará privado de entrar en el punto ó puntos que se designen en la sentencia y el radio que en la misma se señale, el cual comprenderá una distancia de cinco leguas al ménos, y quince á lo más, del punto designado.»

CONCORDANCIAS.

Cód. repet. prael. etc.—*Lib. IX, tít. 47, L. 26..... Si exilio perpetuo vel temporario, tunc in exilium mittatur: ita tamen ut non jubeatur esse in custodia in quae mittitur; sed in provincia eat quam judex statuerit, citra civitates et provincias inferius exceptas, cum potestate versandi in tota provincia qua tamen exire nequeat.....*

Cód. austr.—Segunda parte.—*Art. 17. La expulsion de un lugar ó provincia se impone á los súbditos austriacos por un tiempo determinado ó indeterminado, segun la gravedad y circunstancias de la infraccion.....*

Cód. napol.—*Art. 25. El destierro correccional consiste en la expulsion del reo de su propio distrito, sin que pueda establecer su domicilio sino á distancia de seis millas, ya de aquel en que cometió el delito, ya del en que viven las personas ofendidas ó perjudicadas.*

Cód. brasil.—*Art. 52. La pena de destierro, cuando no se determine específicamente otra cosa, obligará á los culpables á salir del distrito en que se cometió el delito, del lugar de su domicilio y del de la persona ofendida, y á no volver á ninguno de ellos por el tiempo fijado en la sentencia.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 73. El reo condenado á destierro perpétuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado, será conducido fuera de él.....*

COMENTARIO.

1. La relegacion, el extrañamiento, el confinamiento, y el destierro, forman, como hemos visto, casi toda la escala tercera de las penas graduales: el destierro es el menor castigo ciertamente entre ellos todos. Si se priva el reo de residir en un punto y en el círculo de algunas leguas en derredor de él, déjasele toda la anchura de la monarquía, para que fije su domicilio donde más le convenga, y pueda atender mejor á sus intereses. De seguro es un mal el que se le causa, y por eso es por lo que se le impone; pero entre ese mal y el del confinamiento, la distancia es inconmensurable. Para el confinado no hay más mundo que un pequeño distrito; el desterrado tiene todo el mundo abierto para sí, ménos el pequeño distrito que se le cierra. Una y otra pena son desgraciadamente necesarias.

Artículo 110.

«El sentenciado á reprension pública la recibirá personalmente en audiencia del tribunal, á puerta abierta.

»El sentenciado á reprension privada la recibirá personalmente en la audiencia del tribunal ó juzgado, á presencia del escribano y á puerta cerrada.»

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—*Art. 41. Cuando se crea oportuno podrá añadirse la reprension pública á las penas correccionales, y se ejecutará por el juez del canton. En caso de apelacion se ejecutará por el presidente del gran tribunal correccional, luego que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 84. El apercibimiento judicial consistirá en expresarse y declararse en la determinacion del juez el acto culpable del reo, previniéndole que ha faltado á su obligacion y que se abstenga*

de reincidir en otras faltas en adelante, bajo apercibimiento de que si reincidiere será castigado con mayor severidad.

Art. 58. La reprension judicial consistirá en expresarse y declararse en la determinacion del juez el acto reprehensible del reo, añadiéndose que ha faltado á su obligacion, y que se espera su enmienda.

Art. 86. El apercibimiento y reprension se notificarán al reo, ó los hará por sí el mismo juez cuando pronuncie su determinacion.

COMENTARIO.

1. La reprension como pena, ni habia estado en nuestras leyes hasta ahora—aparte del Código de 1822,—ni la hemos visto usar en la práctica de nuestros tribunales. Lo que sí hemos visto muy frecuentemente es la prevencion y el apercibimiento; y eso no sólo á los encausados, sino á los jueces y ministros de justicia, por los defectos cometidos en la sustanciacion de las mismas causas. Pero no es de este particular de lo que tratamos ahora. Como verdadera pena adopta ya nuestra ley la reprension; y no una notificacion escrita que se notifique al reo en el secreto de su casa ó de la prision, sino con verdadera y efectiva reprension, que reciba en la audiencia del tribunal, ya pública, ya privadamente. Esto es una verdadera pena, que puede ser muy útil, y que sentimos no se haya aplicado á mayor número de casos.

2. Quizá hubiera sido oportuno que la ley misma hubiese fijado la fórmula de la reprension, no dejando este punto al arbitrio del juez; tanto más cuando que aplicándose á culpas leves, podrá alguna vez no ser un modelo ni de ilustracion ni de prudencia el que tenga que aplicarla. En semejante situacion, sin práctica, como lo estamos, de esa penalidad, aconsejaríamos á los que hubiesen de imponerla, no se fiasen de sus facultades improvisatorias, sino que escribiesen lo que hubieran de decir. Ese será el modo de no caer en descuidos ó en excesos, y de no dar lugar tambien á que se supongan. Las reprensiones, sobre todo públicas, son punto muy delicado; porque es menester, por una parte no dejar de hacerlas, y por otra no llevar el vejámen á tal extremo que constituya una afrenta cual la ley no haya querido.

Artículo 111.

«El arresto mayor se sufrirá en la casa pública destinada á este fin en las cabezas de partido.

»Lo dispuesto en los párrafos 2.° y 3.° del artículo 106 es aplicable en sus casos respectivos á los condenados á esta pena.»

Artículo 112.

«El arresto menor se sufrirá en las casas de ayuntamiento ú otras del público, ó en las del mismo penado, cuando así se determine en la sentencia, sin poder salir de ellas en todo el tiempo de la condena.»

CONCORDANCIAS.

Cód. austr.—Segunda parte.—*Art.* 11. *La pena de arresto se compone de dos grados. El primero, que se llama arresto simple, consiste en encerrar al reo en una prision, en la cual se le permitirá escoger una ocupacion cualquiera, cuando pueda atender á su subsistencia con sus propios bienes ó con los auxilios que le facilite su familia.*

Art. 12. *El arresto de segundo grado se distingue con el nombre de arresto rigoroso. El que lo sufra llevará una cadena ligera á los piés, recibirá alimentos calientes una vez al dia, no beberá mas que agua, no podrá recibir visitas ni hablar con persona alguna, sea quien fuere, sino en presencia de un carcelero, y estará sujeto á trabajo forzoso.*

Art. 13. *Además de las dos especies de arresto que quedan indicadas, podrán imponerse arrestos á domicilio, ya bajo la sola promesa de no quebrantarlo, ya bajo la inspeccion de un vigilante.....*

Art. 25. *El arresto de primer grado puede cambiarse en arresto á domicilio, cuando el culpable sea una persona de buena reputacion, ó cuando el alejamiento de su casa le impida ocuparse en su empleo ú oficio, ó adquirirse los medios de subsistencia.*

Cód. napol.—*Art.* 37. *La pena de detencion se sufrirá en la misma casa, y de igual modo que la prision. No podrá bajar de un dia, ni exceder de veinte y nueve.*

Art. 38. *El precepto de arresto á domicilio consiste en prescribir al reo que no salga de su habitacion por cierto tiempo continuado, que no podrá bajar de tres, ni exceder de veinte y nueve dias.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 77. *El condenado á arresto será puesto en cárcel, fortaleza, cuerpo de guardia ó casa de ayuntamiento, segun las circunstancias del pueblo; pero la cárcel de estos arrestados será siempre diferente de la de los acusados ó procesados por delitos. Podrán ser arrestadas en su propia casa las mujeres honestas, las personas ancianas ó valetudinarias, y las que viven de algun arte, profesion ú oficio doméstico.*

COMENTARIO.

1. Hemos llegado al límite inferior de las penas personales, que no son accesorias, y hemos tenido ocasion de examinar paso á paso cómo se van suavizando y perdiendo de su dureza. Las del arresto, en que nos ocupamos ahora, son comparativamente á las de reclusion y cadena, lo que es en el órden de la salud un dolor de cabeza ligero respecto á una calentura que nos postra: lo que es en el órden de los números una unidad respecto á una cantidad crecidísima. Hay todavía en ellas incomodidad y sufrimiento, sin eso no serian penas;—pero ¡á qué distancia del padecimiento y la incomodidad de aquellas otras que hemos indicado!

2. En una cosa encontramos defectuoso el artículo que trata del arresto menor, á saber: en que no obliga al que lo padece al trabajo necesario para abonar su subsistencia. No sabemos con qué justicia hayan de suplir los fondos públicos la manutencion de un hombre hábil para el trabajo, dejándolo entretanto ocioso. Creemos más bien que semejante omision no puede perjudicar á los principios generales consignados en el artículo precedente, los cuales alcanzarán en su caso á la aplicacion buena y legítima de este último.

SECCION TERCERA.

Penas accesorias.

Artículo 113.

«El sentenciado á la pena de argolla precederá al reo ó reos de pena capital, conducido en caballería y suficientemente asegurado.

»Al llegar al lugar del suplicio, se colocará en un asiento sobre el cadalso, en el que permanecerá mientras dure la ejecucion, asido á un madero por una argolla que se le pondrá al cuello.»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 4, tít. 31, P. VII.—Siete maneras son de penas.... La setena es cuando.... lo ponen en deshonra dél en la picota; ó lo desnudan, faciéndolo estar al sol, untándolo de miel, porque lo coman las moscas alguna hora del dia.*

Cód. franc.—*Art.* 22, reformado en 1822.... *Será expuesto durante una hora á las miradas del pueblo en la plaza pública. Encima de su cabeza se colocará un cartel, que contenga en gruesos y legibles caractéres sus nombres, profesion, domicilio, su pena, y el motivo de su condenacion.....*

Cód. austr.—*Art.* 19. *El sentenciado á la pena de exposicion pública será expuesto, por tres dias consecutivos, y por espacio de una hora en cada uno, con la debida custodia, atado de piés y manos con una cadena pesada, sobre un tablado que se pondrá en una de las plazas públicas, teniendo al pecho un cartel, en que de una manera concisa, clara y legible, se exprese el delito y la pena que se le ha impuesto.*

Segunda parte.—*Art.* 21. *La exposicion pública* (cuando con ella se agrava la pena de arresto!!) *se verificará delante de la casa de justicia,*

dentro de un círculo formado por la fuerza pública, y aun á veces con un cartel que se indique el motivo de la exposicion.....

Cóp. esp. de 1822.—*Art.* 62. *El reo condenado á ver ejecutar la sentencia de muerte impuesta á otro, será conducido con el reo principal, en pos de él, y en igual cabalgadura, pero con sus propias vestiduras, descubierta la cabeza y atadas las manos. Llevará tambien en el pecho y espalda un cartel que anuncie su delito de cómplice, auxiliador, encubridor, etc.; y será comprendido en los pregones, permaneciendo al pié del cadalso ó tablado miéntras se ejecuta el castigo principal.*

Art. 63. *Si en el acto de sufrir, ó ser conducido para que sufra la pena de presenciar la ejecucion en otro, cometiere el reo algun acto de irreverencia ó desacato, será puesto en un calabozo con prisiones, inmediatamente que vuelva á la cárcel, y permanecerá en él á pan y agua solamente por espacio de uno á ocho dias, segun el exceso. Antes de salir de la cárcel para sufrir la pena, se le advertirá de esta disposicion. Si el exceso en público consistiere en blasfemias, obscenidades, insultos á la autoridad ó á los espectadores, y no se contuviere el reo á la primera advertencia, se le pondrá en el acto una mordaza por el ejecutor de la justicia.*

COMENTARIO.

1. Hemos hablado ya largamente, y en más de una ocasion, sobre la pena de la argolla. En los Comentarios á los artículos 23 y 24 queda manifestado nuestro juicio, que le es francamente desfavorable. Sin desdecirnos de él, confesarémos que nuestro Código no la prodiga, y que si en algun caso fuera digna de admitirse, aquellos en que aquí se emplea deberian ser ciertamente de los primeros.

2. En el Código de 1822, hablándose de la pena de presenciar una ejecucion de muerte—castigo semejante al de nuestra argolla—encontramos previsto un caso que nos parece muy posible y tomadas disposiciones, ó sean precauciones respectivamente á él. Tal es el de que el condenado á esta pena, al tiempo que se saque y se le tenga en la exposicion, prorumpa en expresiones de blasfemia ó desacato, que escandalicen la multitud, y ofendan al decoro de la justicia. Aquella ley indica las conminaciones que se han de hacer al reo para impedirlo, y áun autoriza el empleo instantáneo de una mordaza. En ésto nos parece

que es consecuente. Cuando se adoptan ciertos caminos, no hay más medio que el de andarlos completos; y admitida la ejemplaridad de la argolla, nada de particular tiene que la acompañe la mordaza como un accesorio.

3. Sin embargo, esta nueva penalidad, por más ténue que sea, admitida la anterior, no se halla autorizada por nuestra ley, y por consiguiente no podrá emplearse. Si el caso en cuestion se verifica, no habrá más que los medios comunes para penarlo, y ninguno extraordinario con que contenerlo ó impedirlo.

Artículo 114.

«El sentenciado á degradacion será despojado por un alguacil en audiencia pública del tribunal, del uniforme, traje oficial, insignias y condecoraciones que tuviere.

»El despojo se hará á la voz del presidente, que lo ordenará con esta fórmula: «Despojad á (el nombre del sentenciado) de »sus insignias y condecoraciones, de cuyo uso la ley le declara »indigno: la ley le degrada, por haberse él degradado á sí »mismo.»

COMENTARIO.

1. La degradacion, aplicada únicamente á los empleados públicos, usada con cordura, empleada exclusivamente en delitos feos y viles, puede ser aceptable y provechosa, á pesar del contacto que lleva con lo infamante: en las carreras, donde la delicadeza debe ser un norte y una religion, no tiene nada de extraño que se adopte por pena la expulsion del propio cuerpo á que se pertenece, haciéndolo con aparato y solemnidad, para que queden heridas las imaginaciones. En la milicia se ha usado siempre con buenas consecuencias. El mal estaria en el abuso: si éste puede evitarse, la razon aceptará tal castigo.

2. En cuanto al modo de ejecutarlo, parécenos oportuna la sencilla y severa fórmula que consagra el artículo. La ley te degrada, porque te has degradado tú propio, es lo más filósofo y á la vez lo más sublime que se podia pronunciar en semejante acto.

APÉNDICE Á ESTE CAPÍTULO.

1. El capítulo que acabamos de examinar sobre la ejecucion y cumplimiento de las penas, es uno de los más acabados y mejor hechos del Código. Despues de estudiarle oportunamente, todo su sistema penal está comprendido y apreciado; toda la esencia, la economía, el enlace de sus castigos se descubre y patentiza para el entendimiento ménos trascendente, para la vista ménos perspicaz.

2. El legislador ha hecho cuanto debia esperarse, cuanto podia pedirse á su obra. Lo que hay que hacer despues para desenvolver y ejecutar el sistema penitenciario cuyos fundamentos se presentan, todo es obra, todo es obligacion del poder ejecutivo. A éste le toca por una parte proveer de los oportunos separados establecimientos, en donde se han de cumplir el mayor número de las condenas; por otra, de los reglamentos ú ordenanzas que los han de disciplinar, y constituir á propósito para los fines de su instituto. Una obra material, y otra obra moral, del mayor interés y de la mayor urgencia.

3. Es menester reconocerlo; miéntras no existan casas especiales para cada género de castigos, no existen en verdad, distintos, caracterizados, esos castigos propios. Hay en toda esta materia delicadísimos toques de opinion, para sentir los cuales es necesaria esa separacion material de edificios. Ya se recordará, por ejemplo, lo que hemos dicho sobre la diferencia que debe haber entre el presidio y la reclusion, respectivamente al trabajo. Pues bien: más necesaria, más indispensable es aún la distincion de establecimientos, de casas. Si ha de haber igualdad ó confusion en alguno de los dos puntos, nosotros preferiríamos que el trabajo fuese uno propio, con tal de que los presidiarios y los reclusos vivieran en establecimientos diferentes, encima de cuyas puertas respectivamente leyésemos: *«casa de presidio,» «casa de reclusion.»*

4. Por lo que hace á los reglamentos interiores, al órden, á la disciplina, el sistema que se ha de observar en tales casas, no es punto ménos urgente ni de menor interés. Bueno ó malo lo que teníamos para nuestros antiguos presidios, no es bastante, no puede servir ya para tan diversas y múltiples instituciones. Los establecimientos penitenciarios han de ser de hoy en adelante muy diversa cosa de lo que fueran hasta aquí. Desde la casa del arresto menor hasta la de la cadena perpétua, son muchas y muy distintas las que hay que ordenar, y ofrecen numerosos problemas que no ha resuelto, ó no ha resuelto explícitamente la ley. Los particulares de comunicacion ó aislamiento, y de la naturaleza del trabajo, bastan por sí á promover cuestiones muy importantes, sobre las cuales indica algo el Código, pero que es menester se resuelvan

y ordenen en su sentido. No es suficiente que establezcamos principios en estas materias tan prácticas: es menester que los principios tengan completa aplicacion, y eso toca á los reglamentos de que hablamos, y á que de un modo explícito se ha referido la ley en su art. 87.

TÍTULO CUARTO.

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Artículo 115.

«La responsabilidad civil, establecida en el cápitulo 2.°, título 2.° de este libro, comprende:

»1.° La restitucion.

»2.° La reparacion del daño causado.

»3.° La indemnizacion de perjuicios.»

CONCORDANCIA.

Partidas.—*L. 20, tit 14, P. VII..... Otrosí decimos que los ladrones ó los herederos dellos deben tornar la cosa furtada, con los esquilmos que pudiera llevar su señor, é aun con todos los daños é menoscabos que le vinieren por razon de aquella cosa que le furtaron. E por ende decimos que si aquel cuya era la cosa, fuese obligado de la dar á alguno, ó el fruto de ella, so pena cierta é á dia señalado, si cayó en la pena porque non la pudo dar por razon que le era furtada, que estonce el daño ó el menoscabo que le aviniere por tal razon como ésta, ó en otra semejante, tenudos serian los ladrones ó sus herederos de la pechar. E si por aventura la cosa furtada se muriese ó se perdiese, siempre son tenudos los ladrones ó sus herederos de pechar por ella tanta cuantiá cuanta mas pudiera valer desde el dia que la furtaron fasta el dia que la comenzaron á demandar. Pero los ladrones ó sus herederos, si quisiesen tornar la cosa furtada á aquel cuya era ó á sus herederos, si la non quissiesen rescibir, é despues desso se muriese ó se per-*

diesse sin culpa dellos, non serian tenudos de pechar la estimacion della, como quier que la pena pueden demandar al ladron en su vida.....

COMENTARIO.

1. Los artículos 15, 16 y 17 de este Código habian establecido la responsabilidad civil, declarando qué personas están sujetas á ella. Mas era necesario definir esa responsabilidad, era necesario que la ley misma declarase en lo que consiste, para que sencillamente y sin dificultad alguna puedan imponerla los tribunales. En un punto de tal importancia, tan poco usado por nuestra práctica antigua, tan necesitado de reglas superiores á toda contradiccion, se hacian indispensables las que encontramos consignadas en este título. Su lugar era tambien el presente, como que correspondian á esta parte comprensiva, general, sintética del Código, ántes de que entráramos en la lista de cada uno de los delitos y de cada una de las penas que les son propias. La responsabilidad civil no se limita para nosotros á una de sus especies particulares, al robo por ejemplo: á todos ellos los comprende, y á los autores de todos sigue y alcanza.

2. Ahora bien: definiendo este artículo la responsabilidad civil, la hace consistir en tres puntos; en la restitucion, en la reparacion del daño, y en la indemnizacion de los perjuicios. El civilmente responsable está obligado á estos tres deberes: á restituir, á reparar, á indemnizar.

3. Desde luego se vé por las simples palabras, que tales tres hechos ocurrirán pocas veces de consuno, y que será lo más ordinario que la responsabilidad de cada caso se cifre en dos de ellos, y áun en uno solo. El que ha robado, deberá ante todo restituir, y sólo cuando la restitucion no pueda verificarse, es cuando tendrá efecto la reparacion para reemplazarla. El que ha causado una lesion, una muerte, un daño material cualquiera, deberá indemnizar los perjuicios: éste no tiene que reparar ni que restituir. Mas aún es posible que se reunan los tres hechos, cuando ninguno de ellos satisfaga plenamente el mal causado; y si así sucediere, no habrán de vacilar los tribunales en ordenarlos todos. La voluntad y el precepto de la ley consiste en que no sólo respondan á la sociedad los delincuentes, por medio de la pena, sino que satisfagan tambien, y tan completamente como pudiera hacerse á los ofendidos, por medio de la responsabilidad civil. Haciendo á la pena una institucion de derecho público, no ha olvidado ni podido olvidar el derecho de los particulares.

Artículo 116.

«La restitucion deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros ó menoscabos á regulacion del tribunal.

»Se hará la restitucion aunque la cosa se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido por medio legal, salva su repeticion contra quien le corresponda.

»Esta disposicion no es aplicable en el caso de que el tercero haya prescrito la cosa, con arreglo á lo establecido por las leyes civiles.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 51. *Cuando haya lugar á la restitucion podrá además ser condenado el culpable á abonar á la parte ofendida, por vía de indemnizacion, cierta suma, cuya cuantía determinará el juez ó el tribunal, no habiéndola señalado la ley, sin que en ningun caso puedan exceder de la cuarta parte del importe de las restituciones, y sin que nunca, ni áun mediando asentimiento de la misma parte, pueda aplicarse aquella suma á otro objeto cualquiera.*

Cód. brasil.—*Art.* 23. *La restitucion se hará de la misma cosa, con abono de deterioros, ó en defecto de ella se abonará el equivalente.*

Art. 24. *Si la cosa ha pasado á poder de un tercero, deberá éste entregarla, salva su repeticion contra los bienes del delincuente.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 93. *Del propio modo se hará en todos los casos la restitucion pública de lo robado ó sustraido, y la reparacion de lo dañado, destruido ó alterado, siempre que se pueda verificar.*

COMENTARIO.

1. Comprende este artículo las reglas que han de presidir á las restituciones, y satisface las dudas que pueden ofrecerse acerca de éstas. Sencillo y completo, no creemos que le falta nada, ni que esté oscuro en nada de lo que se proponia decir.

2. El principio es la restitucion, y ésta quiere la ley que sea acabada y eficaz. Luego si la cosa en que consiste ha sufrido deterioros, natural y necesario es que se reparen. Luego si se ha trasladado del delincuente á poder de otra persona, natural y necesario es que áun esa otra persona la entregue, para que sea restituida.

3. ¿Quién abonará los deterioros? Esto no ofrece ninguna dificultad: los responsables civilmente. Semejante abono forma, segun este artículo, parte de la restitucion; y aunque no la formase, entraria bajo las idéas de reparacion é indemnizacion de perjuicios, que tambien comprende la responsabilidad civil. Todo ello es consecuencia legal, consecuencia justa del delito.

4. Pero ¿quién fijará y apreciará esos mismos deterioros? El artículo dice que los tribunales. Lo cual de ninguna suerte significa que hagan éstos de una manera caprichosa aquello que no entienden, sino que, precedida estimacion pericial, determinen ellos despues en su prudencia lo que tengan por oportuno. Esta es la regla general, y la única admisible en punto á indemnizaciones.

5. Otra duda puede ocurrir que, aunque de improbable caso, no carece de posibilidad absoluta. Tal es, si en lugar de los deterioros ó menoscabos ocurridos á la cosa que ha de restituirse, hubiera recibido beneficios, y por consiguiente un mayor valor. ¿Lo ganará simplemente el dueño de la cosa, á quien se le restituye, ó deberá abonar algo por ello al que lo hubiese costeado?—El artículo no dice nada; mas á la verdad, nada era necesario que dijese. Esta es una cuestion de puro derecho civil, que habrá de resolverse por sus disposiciones.

6. En el caso de que un tercero fuese poseedor de la cosa que ha de volverse, y lo fuese con legítimo derecho, claro está tambien que ha de conservársele para que reclame lo oportuno contra aquel de quien la adquiera. La ley que sanciona lo que se debe al señor, y que dispone se le restituya lo que le pertenece, no ha de desconocer lo que se debe á otro, ni ha de igualar lo que es de buena fe y de legítimo orígen, con lo que procede de delitos ó de culpas.

7. Por último, el postrer párrafo del artículo previene otra eventualidad, que no ha querido dejar sin resolucion. La cosa que debiera ser restituida puede haber sido objeto de una prescripcion. Raro será esto,

atendido el vicio del crimen que la acompaña, pero no es imposible de todo punto. En tal caso, los derechos dominicales del primer tenedor de la cosa, están contrariados por los del segundo, dominicales tambien. El espíritu de toda nuestra legislacion exige en semejante caso que los de este último se respeten. Los del primero se modificarán en consecuencia; y no será la restitucion misma, sino la indemnizacion ó el abono lo que tendrá facultad de exigir á los civilmente responsables.

Artículo 117.

«La reparacion se hará valorándose la entidad del daño á regulacion del tribunal, atendido el precio natural de la cosa, siempre que fuere posible, y el de afeccion del agraciado.»

CONCORDANCIA.

Cód. brasil.—*Art.* 25. *Cuando la cosa no exista, se valuará para restitucion del equivalente, no sólo segun su precio, sino tambien el de afeccion, no excediendo nunca de éste.*

COMENTARIO.

1. La reparacion sustituye á veces á la restitucion; pero tambien á veces ha lugar á ella cuando esta otra no habria podido ocurrir, no se habria podido realizar. Supongamos que me roban una capa, y que despues de robada la destrozan para hacer de aquel paño otro vestido; la restitucion, que en un momento fué posible, deja de serlo en seguida, y sólo la reparacion es la que puede resarcirme del daño que recibí. Pero no me robaron la capa: echaron sobre ella ingredientes químicos que la destruyeron. Aquí no hay ni puede haber restitucion. Hay reparacion sola, reparacion desde luego. En este caso, la reparacion se parece á la indemnizacion de perjuicios; solo que se usa de esta palabra por lo comun en los daños que recibimos en la persona, y de la primera cuando los recibimos en los bienes ó en la propiedad.

2. La cuestion de reintegro, que es toda la cuestion á que há lugar en estos casos, queda completamente encomendada al juicio de los tribunales. Sin embargo, se les fijan dos bases ó elementos, de los que

no se pueden desentender. Uno es la apreciacion material, respecto á la que han de oir las justificaciones que se hicieren, sobre todo las periciales, siempre que sea posible; otro es el precio de afeccion, respecto al cual sólo caben pruebas morales y una decision de prudencia. Mas la ley quiere que se consulte lo uno y lo otro; y quiere, sin duda alguna, bien, pues sólo por ese medio será la reparacion eficaz y positiva. En especial, cuando hubiere motivos para creer que se cometió el delito por herir esas afecciones de un dueño apasionado á sus cosas, sería una manifiesta injusticia el que no se agravase esta parte del castigo, con todo lo en que pudiera apreciarse esta afeccion herida y damnificada. Téngase entendido que sólo será com pleta la justicia criminal, cuando, á la par de la satisfaccion pública, se levanta la satisfaccion privada, en cuanto tiene de digno y respetable.

Artículo 118.

«La indemnizacion de perjuicios comprende, no sólo los que se causen al agraviado, sino tambien los que se hayan irrogado por razon del delito á su familia ó á un tercero.

»Los tribunales regularán el importe de esta indemnizacion en los mismos términos prevenidos para la reparacion del daño en el artículo precedente.»

CONCORDANCIAS.

Cód. brasil.—*Art.* 22. *La satisfaccion será siempre tan completa como sea posible, y en casos de duda, se decidirá en favor de la parte ofendida.*

Para ello, el perjuicio causado á la persona ó bienes del ofendido, se evaluará en toda su extension y con todas sus consecuencias.

Art. 26. *Se comprenderá en la satisfaccion, no sólo los intereses ordinarios contados desde el momento del crímen, segun el perjuicio causado, sino tambien los intereses compuestos.*

COMENTARIO.

1. Hemos dicho ya que la indemnizacion de perjuicios se refiere á los delitos causados directamente en las personas. Está sujeto á ella el que mató, el que hirió, el que privó de la libertad, el que injurió ó calumnió

á otro. No está sujeto á ella el que robó, el que quemó, el que destruyó alguna cosa. De este no se dice que indemniza los perjuicios, sino que repara el daño causado.

2. Por lo demás, las consecuencias legales son semejantes. Si el uno abona lo que ha destruido, el otro paga lo que ha hecho perder. Uno y otro responden civilmente de los resultados de su accion. En uno y otro caso tienen un gran poder los tribunales. A la prudencia y á la discrecion de estos es forzoso dejar mucho, para que semejantes responsabilidades sean completas.

3. En esta última de que tratamos, en la indemnizacion, es digna de advertir la singular amplitud con que la ordena la ley. No es sólo debida á la misma persona que fué objeto ó víctima del delito, sino que tambien lo es á su familia y hasta á un tercero, si han padecido por éste. Supongamos que se asesinó á un padre de hijos menores, á los cuales sostenia con su trabajo, y que por esa muerte quedan en completo abandano: la indemnizacion á estos, en cuanto sea posible, es de rigorosa justicia. Si el matador tiene fortuna con que hacerla, ninguna duda cabe en la obligacion que le alcanza y que los tribunales deben hacer eficaz.—Supongamos aún que ese asesinado hacía una obra para un tercero, la cual tenía ya cobrada y cuyo importe no podia devolver: el asesino ó el reo de su muerte deberá reintegrar lo que por su delito ha hecho que pierda aquella tercera persona. Quien es causa de un perjuicio, y causa de ese género, de esa clase, necesario es, segun todas las reglas de justicia, que lo indemnice.

4. Pero insistimos siempre en que es menester mucha prudencia y mucho tacto para realizar y hacer efectivas tales indemnizaciones. Alguna parte de ellas, por ejemplo los gastos de curacion y los jornales perdidos, si los hubiese, son materialmente fáciles de determinar. En casi todos los demás puntos tendrá que haber apreciaciones arbitrarias, para cuyo cálculo no hay solamente que mirar á lo justo, sino á lo conveniente, á lo posible. Cuando se trate de un criminal rico, dicho se está que los tribunales tienen más amplitud que tratándose de un pobre. El perjuicio habrá sido el mismo; pero si fuese igual la cuantía de la indemnizacion, correríamos el riesgo de sumir á otra familia en la miseria. Por eso la ley tiene que conceder tanto el arbitrio judicial; porque no puede haber reglas fijas en este punto, que no se sometan al poder de las circunstancias.

Artículo 119.

«La obligacion de restituir, reparar el daño, ó indemnizar los perjuicios, se trasmite á los herederos del responsable.

»La accion para repetir la restitucion, reparacion ó in-

demnizacion se trasmite igualmente á los herederos del perjudicado.»

CONCORDANCIAS.

Instituto.—*L. IV, tít. 12..... Est enim certissima juris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere: furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae. Sed heredibus hujusmodi actiones competerunt, nec denegantur: exceptae injuriarum actiones et si quae alia similis inveniatur..... Poenales autem actiones quas supra disimus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur, et contra heredes transeunt......*

Partidas.—*L. 20, tít. 14, P. VII* (1). *La cosa furtada ó la estimacion della pueden demandar aquellos á quien fué fecho el furto é sus herederos, á los ladrones é á los herederos dellos; mas la pena que deben pechar por razon de furto non debe ser demandada á los herederos de los furtadores, fueras ende si en vida daquellos que furtaron la cosa fuese comenzado el pleito sobre ella por demanda é por respuesta.....*

Cód. brasil.—*Art. 26. La obligacion de reparar los perjuicios, segun se establece en los artículos anteriores, se trasmite á los herederos del culpable hasta donde alcance el importe de los bienes que hayan heredado. La accion para repetir la indemnizacion se trasmite tambien á los herederos del ofendido.*

COMENTARIO.

1. Distinguidas, como lo están cuidadosamente en nuestro Código, la responsabilidad criminal y la responsabilidad civil, nada es tan natural como lo que se dispone en este artículo. Aquella recae sólo en los autores, en los cómplices, en los encubridores de los delitos; y, por lo

(1) Son concordantes de esta ley, y no las insertamos por no dilatar sin utilidad alguna, la 25, tít. 1, y la 2, tít. 13, P. VII.

comun, corresponde exigirla al Ministerio público: ésta alcanza á los herederos de los que son personalmente responsables, y corresponde exigirla, tanto á los mismos perjudicados, cómo á los que de ellos traen causa por sucesion universal. Lo que la ley romana y la de Partida habian distinguido, concediendo derechos despues de contestada la demanda, que se negaban en otro caso, era conforme al espíritu de aquella primera legislacion, que castigaba además el robo con penas pecuniarias; pero ha desaparecido completamente de la nuestra. Las acciones de que tratamos son como cualesquiera otras civiles: se dan á los herederos y contra los herederos.

2. Innecesario nos parece añadir aquí, á pesar de haberlo hecho algun código, que estas responsabilidades hereditarias se limitarán, ó podrán limitarse por la cantidad ó suma en que haya consistido la herencia. En esto no hay ninguna regla especial del caso, ni más que lo que se sigue de los principios comunes de nuestro derecho. Cuando se acepta una herencia á beneficio de inventario sólo se responde de lo que se ha recibido: cuando se acepta simplemente, el heredero queda obligado á cuanto lo estaba su causante.

Artículo 120.

«En el caso de ser dos ó más los responsables civilmente de un delito ó falta, los tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.»

Artículo 121.

«Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los autores de un delito ó falta son siempre mancomunadamente responsables por sus respectivas cuotas.

»Los autores de un delito son además responsables por las de los cómplices y encubridores, salva la repeticion recíproca entre los mismos por sus responsabilidades respectivas.

»Los cómplices de un delito son mancomunadamente responsables entre sí, y subsidiariamente por las cuotas de los autores y encubridores. Esto mismo se observará en su caso para con los últimos, relativamente á sus cuotas, y las de los autores y cómplices del mismo delito.»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 20, tít. 14, P. VII.—E aun decimos que acertándose muchos homes en furtar una cosa, cada uno dellos es tenudo de la pechar á su dueño. Mas si el uno dellos la entregasse ó pechasse á su dueño la estimacion della, non la podria despues demandar á los otros; como quier que la pena puede ser demandada á cada uno dellos enteramente, et non se pueden excusar los unos por los otros.....*

Cód. franc.—*Art. 55. Todas las personas condenadas por virtud de un mismo crímen ó delito, serán solidariamente responsables de las multas y restituciones, y del importe de los daños, intereses y gastos.*

Cód. napol.—*Art. 51. Todas las personas condenadas por virtud de un mismo crímen ó delito, serán solidariamente responsables de las multas y restituciones, y del importe de los daños, intereses y gastos.*

En los casos de responsabilidad civil que puedan presentarse en materia criminal, se estará á lo dispuesto en las leyes civiles.

Cód. brasil.—*Art. 27. Cuando el crímen haya sido cometido por varias personas, todos quedarán obligados solidariamente á la satisfaccion del daño, á cuyo fin se entenderán hipotecados especialmente sus bienes desde el momento en que el crímen fuere cometido.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 92. En todo delito, además de la pena que le esté señalada por la ley, se debe imponer á los reos, cómplices, auxiliadores y fautores, receptadores y encubridores, la condenacion de costas mancomunadamente, sin perjuicio de que se pueda agravar á unos más y á otros ménos, segun el diferente grado de su delito.*

Art. 93. Tambien se debe imponer de mancomun á los reos, cómplices, auxiliadores y fautores, sin perjuicio de que se pueda gravar á unos más que á otros, como queda expresado, el resarcimiento de todos los daños y la indemnizacion de todos los perjuicios que hayan resultado del delito, así

contra la causa pública como contra los particulares; y lo que aquellos no puedan pagar, lo satisfarán tambien de mancomun, con la misma circunstancia, los receptadores y encubridores.

COMENTARIO.

1. Los artículos 120 y 121 en que nos ocupamos al presente, son el resultado de un doble principio que ha tenido á la vista en esta materia nuestro Código. Por una parte ha pensado que la verificacion de la responsabilidad civil, cuando era más de una la persona obligada á ella, debia dejarse en la distribucion de sus cuotas, al prudente arbitrio del tribunal. Por otra, ha tenido presente que sería sumamente injusto el que, por consultar esa distribucion, quedase sin reparacion el daño, ó sin indemnizacion el perjuicio de que se trataba.—La consecuencia ha sido consignar en el artículo 120 esa facultad judicial que hemos indicado, para establecer en el 121 una série de mancomunidades, que aseguran y dejan en salvo los derechos de la parte civil. De manera que el juez ó tribunal distribuirán como lo tengan por oportuno las cuotas de indemnizacion; mas á pesar de ese reparto, el perjudicado la obtendrá por medios fáciles y expeditos, en virtud de la obligacion mancomunada, salvas las repeticiones y los abonos que se hagan despues entre sí, y con arreglo á la primera distribucion, los responsables.

2. El fundamento de esa prudencial distribucion de que hemos hablado es el mismo que encontramos por donde quiera, siempre que se trata de penas pecuniarias. La gran desigualdad de fortunas, que es la ley de este mundo, hace necesario en los tribunales ese extenso poder, á fin de que se establezca un equilibrio entre las penas. Lo vimos ya hablando de las multas, y aquellas propias razones son las que rigen en este caso. De no seguirlas, sería forzoso dividir la responsabilidad por partes iguales, lo cual podria producirnos en la práctica absurdos sin cuento. No hay otro medio, pues, que el adoptado por la ley. Donde quiera que es cuestion de dinero, como pena, es indispensable ese poder.

3. Mas ya hemos visto el segundo principio, que es necesario armonizar con el precedente: el perjudicado no ha de encontrar obstáculos, mucho ménos imposibilidades, para su satisfaccion. De aquí la mancomunidad, de aquí los abonos subsidiarios. Los autores quedan mancomunados entre sí. Lo quedan igualmente los cómplices y los encubridores. Y luego, cada una de las personas de cada cual de estas clases, responde subsidiariamente per las dos clases que no son la suya, salvas las repeticiones y los abonos que entre sí se hagan despues. El perjudicado —ya lo hemos dicho—ha de ser reintegrado por completo y sin dificultad. La responsabilidad es de todos, son criminales. Lo que se arbitra

en provecho de ellos no ha de resultar en perjuicio del que fué víctima de su crímen.

4. El Código de 1822 traia un artículo semejante respecto á la distribucion de las costas. El actual nada dice sobre este punto. A nosotros, sin embargo, nos parece racional su doctrina, deducida de los mismos principios, y conforme casi absolutamente á la práctica. Las costas son tambien una pena de dinero, en la que es preciso ampliar las atribuciones jurídicas. Y además de eso, supuesto que no se han de pagar más que *unas costas*, y es forzoso por tanto distribuirlas entre los reos, no se concibe qué otras reglas se puedan seguir para su reparto que las que están aquí consignadas con un objeto tan semejante. Dirémos, pues, sin vacilar que los tribunales deben distribuirlas entre los reos segun su prudencia, teniendo presentes la criminalidad y las facultades de cada uno; pero que ninguna parte deberá dejar de satisfacerse, sirviendo para ello la mancomunidad, que no puede ménos de haber donde todos son verdaderamente responsables.

Artículo 122.

«El que por título lucrativo participe de los efectos de un delito ó falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía en que hubiere participado.»

CONCORDANCIA.

Cód. brasil.—*Art.* 28. *Estarán obligados á la satisfaccion, aunque no sean delincuentes:*

. . . .

2.° *Los que por título lucrativo hayan participado de los efectos del crímen, hasta la cantidad equivalente.*

COMENTARIO.

1. La participacion ó aprovechamiento de los efectos del delito suele constituir su encubrimiento, segun hemos visto en el art. 14; pero no lo constituyen necesariamente. Se puede recibir como donativo ó regalo una cosa robada, sin tener noticia del robo, ni mucho ménos cono-

cimiento de su autor. En semejante caso, nada hay de inmoral, nada de culpable, ninguna responsabilidad criminal puede contraerse. La ley, emperó, dice que puede haberla civil hasta la cuantía de lo que se recibió, y la conciencia y el buen sentido reconocen la justicia de este precepto legal.

2. Sin embargo, la máxima que aquí concedemos há menester algunas explicaciones. No todo bien que nos haya venido inocentemente, por resultas de un delito ó falta, nos somete á una responsabilidad mayor ó menor. Si A roba un carnero, y me convida á comer, este caso no me compromete ni obliga á nada, respecto al dueño del carnero. Lo que hace nacer esa responsabilidad de que hablamos, es lo que torna más rico al que recibe gratuitamente los efectos del robo. Seré responsable si recibí y aproveché la lana del carnero; no lo seré si sólo se me dió una comida, que en nada mejoró mi situacion. El orígen de tal responsabilidad viene de aquel principio tan citado en las escuelas de jurisprudencia: *nemo cum alterius damno debet fieri locupletior*.

Artículo 123.

«Una ley especial determinará los casos y forma en que el Estado ha de indemnizar al agraviado por un delito ó falta, cuando los autores y demás responsables carecieren de medios para hacer la indemnizacion.»

COMENTARIO.

1. Hé aquí un bello principio, una máxima llena de justicia. El ciudadano que cumple religiosamente sus cargas, y que contribuye con cuanto há menester el Estado para su subsistencia, parece que tiene un derecho á reclamar del propio Estado algo más que la frecuentemente estéril proteccion que le dispensa por lo comun. Lo que el artículo indica sería el *desideratum* de la justicia criminal en sus relaciones individuales.

2. Pero ¿cuándo pasará de ser una máxima, cuándo se convertirá en hecho ese *desideratum?*

TÍTULO QUINTO.

DE LAS PENAS EN QUE INCURREN LOS QUE QUEBRANTAN LAS SENTENCIAS, Y LOS QUE DURANTE UNA CONDENA DELINQUEN DE NUEVO.

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LAS PENAS EN QUE INCURREN LOS QUE QUEBRANTAN LAS SENTENCIAS.

1. ¿Debe, por ventura, incurrir en alguna pena, generalmente hablando, el que quebranta la sentencia que se le impuso?—Hé aquí una cuestion, y grave cuestion, que nos presenta desde luego los epígrafes del título y del capítulo que acabamos de describir. Hé aquí una cuestion, y grave cuestion, que es llegado el momento de dilucidar, para contribuir con nuestro voto ó con nuestra censura, por más insignificantes que el uno y la otra sean, respectivamente á esta parte del Código que examinamos.

2. Que el quebrantamiento de las sentencias no sea una obra meritoria para la sociedad; que produzca en ella perturbacion, desórden, alarma; que el legislador deba tratar de impedirlo por medios eficaces; todas estas son, á nuestro modo de ver, claras y evidentes proposiciones que ni pueden desconocerse ni ponerse en duda. Dictanse las condenas porque son justas, y porque las reclama la pública utilidad: ejecútanse para que el crímen tenga expiacion, y para que se tranquilice la ansiedad que aquel causara. Si semejantes remedios no tienen ejecucion completa, el órden natural y el órden material se altera y padece: lo que se debió cumplir para satisfacerlos queda en vacío: á la perturbacion primitiva añádese esa segunda perturbacion. Volvemos á decir que es muy importante el cumplimiento de los fallos condenatorios.

3. Pero muchas cosas importantísimas hay en este mundo que no se sancionan con recursos penales. La razon de esto es muy sencilla: no cabe la penalidad donde no hay moralmente delito: no hay delito, donde se ha obrado con derecho, ó por lo ménos en virtud de un estímulo irresistible, de un estímulo natural al hombre, y que las leyes deben respetar.

4. ¿Por qué no se pena al que, perseguido por la justicia, apela al recurso de la fuga, y se evade de sus persecuciones? ¿Por qué no se pena al que se escapa de la cárcel, en que lo tienen preso, mientras se está sustanciando su causa? ¿Por qué no se pena al que falta á la ver-

dad en sus declaraciones, negando un delito que le está probado? ¿Por qué se respeta tanto su derecho de defensa, que ni siquiera se le toma juramento para declarar, cuando á cualquiera otro se le toma para proceder en juicio?

5. La ley, nuestra nueva ley, ha respetado los impulsos de la personalidad humana, que rechaza el mal, aunque sea evidentemente justo, cuando va á caer sobre ella. La ley, nuestra nueva ley, ha concebido—y esa es su honra—que no se puede castigar á un sér activo y sensible, porque trate de libertarse de una sentencia condenatoria, que está amenazando su libertad. ¿Cómo esta misma ley no ha comprendido que es el propio impulso el que hace huir del presidio que el que hace huir de la cárcel; y que si se le debe respetar en ese segundo caso, se le debe tambien, so pena de inconsecuencia, respetar, y no penar en el primero?

6. Mas en un caso—podrá decirse—no habia sentencia, y la verdad se encontraba todavía dudosa; en el otro está ya declarada la verdad, y el reo es ciertamente culpable.—Pobre é inválido argumento, segun nuestra opinion. Lo que excusa al encarcelado que se fuga no es la idéa de que pueda ser inocente: lo que le excusa—ya lo hemos dicho—es el instinto necesario de la naturaleza humana, que nos hace huir el mal, evitar el dolor. Cuando ese *derecho* del reo contradice á los *derechos* sociales, el poder debe tomar sus precauciones para que no se realice; pero pierde su accion para llamarle delito, porque se haya realizado. ¿Temeis que se os escapen los presos? Tened cárceles seguras. ¿Temeis que se os evadan los presidiarios? Celad su custodia, cuanto sea permitido á la prudencia humana. Pero no extrañeis que se aprovechen da vuestros descuidos, porque para eso sería menester que fuesen santos y que no fuesen hombres.

7. La verdad es que las inspiraciones de la razon van entrando poco á poco en esta materia. Hasta la Constitucion de 1812 se exigia juramento para declarar á los encausados, impeliéndolos así en el perjurio. En nuestras pasadas leyes, las que han regido hasta estos propios instantes, se penaba la fuga de la prision, y por cierto con castigos atroces y crueles. Ya hemos adelantado en esos puntos. Tambien adelantaremos en los demás. Una edad venidera, que no está muy remota, se admirará de que se haya escrito en nuestro Código el capítulo presente, y borrará los castigos que en él se impongan á los que quebrantan sus condenas.

8. ¿Quiere decir esto, por ventura, que nada deba hacerse con el reo díscolo y sagaz que se ocupa de evadirse, ó que de hecho se ha evadido? No pretendemos de seguro tanto. Algunas precauciones serán necesarias con él, más necesarias que con sus tranquilos compañeros; y quien dice precauciones con un delincuente, dice de seguro algun aumento de mal. Pero esta materia sólo correspondia en nuestro juicio á los reglamentos de los institutos penales; y su aplicacion sólo deberia

ser administrativa y no judicial. Nada de recargos en el tiempo; nada de lo que constituya nuevas penas; nada de lo que, en buenos principios, sólo podrán decretar los tribunales. Por autoridad, el jefe del establecimiento: por medio, la indentificacion de la persona: por resultado, mayor seguridad, pero solamente mayor seguridad.

9. Hemos expuesto franca y sinceramente nuestro juicio, si bien confesamos que tendria algunas excepciones, las cuales indicarémos en su lugar. Hecho esto, y como que nuestro parecer no es la ley, ni por él ha de dejar de observarse ésta, pasarémos á la explicacion de los artículos, entrando para ello en una esfera que no es la nuestra propia, pero que es la única en que se debe considerarlos.

Artículo 124.

«Los sentenciados que quebranten su condena, serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes:

»1.ª El sentenciado á cadena perpétua cumplirá esta condena, haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, y destinándole á los trabajos más penosos.

»2.ª . . . .

CONCORDANCIA.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 48. El que condenado á trabajos perpétuos, y habiéndosele notificado la sentencia que cause ejecutoria, se fugare ántes ó despues de estar en los trabajos, será destinado en ellos, si se le aprehendiere, á los de más riesgo y gravedad, por espacio de cuatro meses á un año, sin más proceso ni diligencia que el reconocimiento de la identidad de la persona, y con especial encargo de que se vigile más estrecha y severamente su conducta.*

COMENTARIO.

1. Si se compara esta primer regla con la práctica que tuvieron nuestros tribunales de conminar con la pena de muerte al que quebrantase la de presidio con retencion, en semejante caso tenemos progreso,

progreso humano y útil, en la prescripcion del artículo. Pero si se la compara con lo que prevenia el reglamento de presidios vigente, que, más conforme ó más próximo á nuestras doctrinas, daba un carácter disciplinal á esa evasion, entónces, creemos de buena fé, que no lo hay. Lo que la regla dispone es la mayor agrávacion que dentro de la pena misma se puede sufrir: un paso más, y encontraríamos la de muerte. El reo de quien habla el artículo 125, es decir, el que cometiere despues de impuesta la cadena perpétua todo delito que no lleve consigo la muerte, no será más castigado. Luego la fuga aparece aquí un delito tan grande, que sólo le falta un grado, un átomo íbamos á decir, para merecer la pena capital.

2. Verdaderamente no puede ser un hecho de poca importancia para la sociedad el que se escapen los condenados de ese género. Suponiendo que no se imponga tal pena más que á los que la merecen, deben ser, de seguro, personas muy temibles aquellas que estén sentenciadas á tál castigo. Esta, sin embargo, será en nuestro concepto una gran razon para que se tenga con ellos suma vigilancia; pero no lo es, para que ellos dejen de desear su libertad. Y ¿no teme la ley que si por fugarse se les impone la misma agravacion que por otros delitos, no teme, decimos, que no reparen en cometer estos para fugarse?

Artículo 124. (Continuacion.)

«2.ª El sentenciado á reclusion perpétua cumplirá su condena, llevando una cadena de seguridad por el tiempo de dos á seis años.

»3.ª . . . .

COMENTARIO.

1. La disposicion de la regla es terminante; y áun tiene la ventaja sobre la de la regla anterior de ser aquí fija, determinada, conocida, la pena que se impone. Al recluso, de reclusion perpétua, que se evadiere, aprehendido, se le sujetará con una cadena, por el espacio de dos á seis años.

2. ¿No habrá sido posible fortificar la seguridad de su reclusion, y áun agravar su pena, sin necesidad de desnaturalizarla, empleando los hierros?—Hé aquí una indicacion que sometemos humildemente á más ilustrados juicios. La soledad por ciertos dias, la oscuridad y algunos otros medios pueden ofrecer en tales establecimientos agravaciones

aceptables: ¿por qué, pues, emplear la cadena, que tiende á confundir escalas muy justa y muy acertadamente hechas distintas?

Artículo 124. (Continuacion.)

«3.ª El relegado perpétuamente será condenado á reclusion perpétua, la cual cumplirá en el mismo punto de la relegacion.

»4.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tít. 19, L. 4.—Relegati sive in insulam deportati debent locis interdictis abstinere, et hoc jure utimur ut relegatus interdictis locis non excedat: olioquin in tempus quidem relegato perpetuum exilium, in perpetuum relegato insulae relegationes, in insula relegato deportationis, in insulam deportato, poena capitis adrogatur.*

Cód. franc.—*Art. 17. Si el deportado vuelve al territorio del reino, será sentenciado á trabajos forzados perpétuos, sin otro requisito que el de identificar su persona. Si no vuelve al territorio del reino, pero es aprehendido en país ocupado por los ejércitos franceses, será conducido al punto de la deportacion.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 51. El que sentenciado á deportacion y habiéndosele notificado la sentencia que cause ejecutoria, se fugare ántes ó despues de llegar á su destino, será condenado, si se le aprehendiere, á las obras ó trabajos más penosos que hubiere en el lugar de la deportacion, por cuatro meses á un año, sin necesidad de más proceso ni diligencia que el mero reconocimiento ó justificacion de la identidad de la persona.*

COMENTARIO.

1. Hé aquí un caso en que nosotros aprobamos que se castigue el quebrantamiento de la condena ó sentencia. Lo aprobamos, por regla general, cuando el reo no está encerrado, no está preso. Entónces la sociedad no le guarda, aunque le vigile. Le ha llevado á un punto, como pena, y le ha dejado en libertad en él. Si abusa de esa libertad, si se escapa de allí, será menester encerrarlo. No puede ella culparse, ni culpar á sus dependientes, de esa necesidad dolorosa. No le encierra por agravar su penalidad, sino porque no tiene otro medio de hacer que se cumpla la que le impuso.

2. Pero al mismo tiempo que hacemos esta confesion, debemos decir que el recurso á que se acude en este caso nos parece demasiado grave. Entre la relegacion perpétua y la reclusion perpétua, juzgamos que podria haberse encontrado un medio. El sentenciado que quebrantase la primera podria ser dejado, por via de correccion y advertencia, en una prision de cuatro á séis años, y restituido despues á su condena primitiva. Es probable que semejante enseñanza le retraeria de otra nueva fuga. En el caso de que tal no sucediese y que se tornase á escapar, entónces caeria bien la reclusion perpétua.—Mas estas no son más que indicaciones de nuestro juicio: la ley es clara y terminante.

Artículo 124. (Continuacion.)

«4.ª El extrañado completamente del reino será condenado á relegacion perpétua.

»5.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 10, tít. 31, P. VII.*—Véase el Comentario á la regla 6.ª de este artículo.

Cód. austr.—*Art. 83. El que habiendo sido expulsado de las provincias en que rige el presente Código volviere á ellas bajo cualquier pretexto, se hace por este solo hecho reo de un delito especial.*

Art. 84. *El culpable de este delito será expuesto en la argolla, y castigado con la pena de prision dura de seis meses á un año, y cumplida que que sea esta pena será expulsado de nuevo. Si ya ha sido otra vez castigado por semejante delito, se agravará la pena de prision, ó se aumentará la agravacion.*

Cód. napol.—*Art.* 13. *En caso de transgresion del destierro perpétuo del reino, será sentenciado el culpable á la pena de reclusion, y, cumplida ésta, será de nuevo extrañado perpétuamente.*

Cód. brasil.—*Art.* 50. *Los extrañados que vuelvan al territorio del imperio serán sentenciados á prision perpétua.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 52. *Si se le aprehendiere en España* (al sentenciado á destierro perpétuo del territorio español) *será deportado, sin más que reconocer la identidad de la persona.*

COMENTARIO.

1. Tambien encontramos natural en este caso que se tomen nuevas medidas contra el que ha quebrantado su condena. Al que se le extraña del reino, y vuelve, es necesario mudarle la pena, ó añadirle alguna otra: porque si sólo se le torna á extrañar, tornará de seguro á volver. Pero no encontramos que la nueva pena decretada—la relegacion—sea oportuna para semejante propósito. Al que abusa de la libertad en que se le deja, se le debe imponer como correctivo otra pena en que no tenga libertad. El que, extrañado, rompió su extrañamiento, no respetará su relegacion, relegado.

2. Lo natural sería que al rëo de quien aquí se habla se pusiese preso por un tiempo de tres ó cuatro años, y se le volviese á extrañar despues, aumentando la misma prision, caso de que tornara. Este recurso sería eficaz, cuando el adoptado nos tememos mucho que no lo sea.

Artículo 124. (Continuacion).

«5.ª El sentenciado á cadena ó reclusion temporales, presidio, prision ó arresto, sufrirá un recargo de la misma pena, por el tiempo de la sexta á la cuarta parte de la duracion de su primitiva condena.

»6.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. brasil.—*Art.* 54. *Los sentenciados á las penas de galeras, prision con trabajo ó prision simple, que quebranten su condena, los deportados que salgan del punto de deportacion, y los desterrados que entren en el lugar ó lugares que les estén prohibidos, serán sentenciados, ántes de continuar su pena, á una tercera parte más de duracion de la primitiva condena.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 58. *Los que despues de habérseles notificado la sentencia de obras públicas, que cause ejecutoria, se fugaren, antes ó despues de llegar á su destino, sufrirán un recargo de cuatro meses á un año; y los que sentenciados á presidio, se fugaren en igual caso, serán destinados á obras públicas por todo el tiempo que les falte de su condena primitiva, sin que respecto de unos y otros se necesite más proceso ni diligencia que el reconocimiento de la identidad de la persona.*

Art. 61. *El que, despues de habérsele notificado la sentencia de reclusion, se fugase ántes ó despues de estar en su destino, será tratado en él con la mayor severidad, si se le aprehendiere, sufrirá un recargo de tres á diez meses, y perderá el capital que hubiese ganado, quedando éste á beneficio del establecimiento.*

Art. 71. *Si..... quebrantare* (la prision en una fortaleza) *cumplirá el tiempo que le falte en una reclusion.*

Artículo 124. (Continuacion).

«6.ª Los sentenciados á extrañamiento ó relegacion temporales, serán condenados á prision correccional, y, cumplida esta condena, extinguirán la anterior.

»Los relegados sufrirán la prision en el punto de la relegacion.

»7.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 10, tít. 31, P. VII.—Todo home que fuesse desterrado por sentencia del Rey, que sea en alguna isla por tiempo cierto, ó que es echado de la tierra, si saliere de esta isla cuante que aquel tiempo quel señalaren, ó entrare en la tierra sin mandado del Rey, débesele doblar aquel tiempo que quebrantó, passando el mandado del Rey su señor. Et si por aventura fuesse dada sentencia contra él que fuesse desterrado para siempre, é non por cierto tiempo, entónce el que fuesse desobediente, saliendo de la isla, ó entrando en la tierra sin mandado del Rey, debe morir por ende.*

Cód. franc.—*Art.* 33. *Si el extrañado volviese al territorio del reino ántes de la espiracion de su pena, será sentenciado con la sola prueba de la identidad de su persona, á la pena de detencion, por un tiempo igual al que le quedaba para cumplir el extrañamiento cuando ménos, y de un doble cuando más.*

Cód. austr.—Segunda parte.—*Art.* 81. *La vuelta de una persona, que por órden del tribunal de policía, ó de la autoridad, haya sido expulsada de todos los Estados hereditarios, será castigada por la primera vez con el arresto de uno á seis meses, y en caso de reincidencia con el arresto rigoroso de tres á seis meses.*

Cód. napol.—*Art. 12. En caso de transgresion, la pena de relegacion se convertirá en la de reclusion por igual tiempo.*

COMENTARIO.

1. Lo que hemos dicho acerca de la cadena, de la reclusion, de la relegacion y del extrañamiento perpétuos, eso mismo debemos decir sobre la cadena, la reclusion, la relegacion y el extrañamiento temporales. En los dos primeros órdenes de castigos no penaríamos nosotros la evasion sino con medidas disciplinarias, y no con penas verdaderas; en los dos últimos, haríamos siempre la necesaria sustitucion que hemos indicados ántes, guardando en todo caso la proporcion descendente de lo perpétuo á lo temporal.—Por lo demás, las reglas son terminantes, y ningunas dificultades se ofrecen en ellas, sino las que, siendo generales á todas, deberán ser tratadas generalmente en el apéndice de todo este artículo.

Artículo 124. (Continuacion).

«7.ª Los sentenciados á confinamiento mayor ó menor, serán condenados á prision correccional, imponiéndose á los primeros del grado medio al máximo, y á los segundos del mínimo al medio; y cumplidas estas condenas, extinguirán la de confinamiento.

»8.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—*Art. 24. En caso de trangresion* (del confinamiento), *se convertirá esta pena en la de prision por igual tiempo.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 72. Si quebrantare el confinamiento, sufrirá un arresto de uno á ocho meses.*

COMENTARIO.

1. El confinamiento es de la misma índole que el extrañamiento y la relegacion. Como en estas penas, admitiríamos nosotros que se impusiese alguna nueva al que lo quebrantara. La sustitucion en lugar de él, de la prision correccional, nos pareceria justa y oportuna. Mas imponer esa prision, y, cumplida que sea, tornar de nuevo al confinamiento, nos parece demasiado duro.

Artículo 124. (Continuacion.)

«8.ª El desterrado será condenado á confinamiento por el tiempo del destierro.

»9.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. austr.—Segunda parte.—*Art.* 82. *Los que despues de haber sido expulsados para siempre ó por cierto tiempo de una provincia ó lugar determinado, vuelvan á ellos en cualquier tiempo, ó ántes de cumplirse el plazo, segun los respectivos casos, serán castigados con el arresto de uno á tres meses, y en caso de reincidencia con el arresto rigoroso de igual duracion.*

Cód. napol.—*Art.* 25. *En caso de transgresion del destierro, la pena de éste se convertirá en la de prision por igual tiempo.*

Cód. brasil.—*Art.* 54..... *Los desterrados que vuelvan al punto que se les haya prohibido, serán sentenciados á una tercera parte más de duracion de su primera condena, cuyo recargo cumplirán ántes de continuar extinguiendo aquella.*

Cód. esp. de 1822.— *Art.* 73. *Si volviere* (el condenado á destierro) *á entrar en el distrito prohibido ántes de cumplir el tiempo de su condena, se le impondrá una reclusion de seis meses á dos años, la cual se podrá aumentar hasta un año más, si no diere el reo fianza de su buena conducta.*

COMENTARIO.

1. Decimos de esta regla lo que hemos dicho de la cuarta. Si el destierro deja al penado en libertad para que burle su condena, transformándosela en confinamiento, poco será lo que se adelante en el mismo sentido. A nuestro juicio, mejor fuera conminarle con algunos meses de arresto, despues de los cuales volviera á extinguir lo que le quedase de su primitivo castigo. Lo que la ley dispone es, á la vez, más duro y ménos eficaz.

Artículo 124. (Continuacion.)

«9.ª El inhabilitado para cargos, derechos políticos, profesion ú oficio, que los obtuviere ó ejerciere, cuando el hecho no constituya un delito especial, será condenado al arresto mayor, y multa de 20 á 200 duros.

»10.ª El suspenso de cargo, derechos políticos, profesion ú oficio que los ejerciere, sufrirá un recargo por igual tiempo al de su primitiva condena, y una multa de 10 á 100 duros.

»11.ª . . . .

COMENTARIO.

1. Hé aquí dos casos en los que aprobamos el sistema del Código; dos casos, en los que el quebrantamiento de la condena es, á nuestro modo de ver, un verdadero delito, y se debe castigar con una pena ó con una correccion distinta de la quebrantada.

2. Fundámonos para ello en que estos derechos políticos, estos cargos, estas profesiones, en que se ha inhabilitado ó suspendido á los delincuentes, no son, como la libertad, como la disposicion de sí mismo, un derecho anterior á las leyes humanas, y á cuyo goce somos instintiva-

mente arrastrados por nuestra naturaleza. Esos otros derechos de que aquí se habla son prerogativas que debiamos á la ley, y de que la sentencia, conforme á la misma, nos ha despojado. Será sensible sin duda el no poseerlas; mas entre ese sentimiento y el de la privacion de la libertad la distancia es inconmensurable. Habiéndolas perdido, nos encontramos en la misma situacion, ó por mejor decir, en una situacion más desventajosa, que los que nunca las poseyeron. Ahora bien: si á estos se castiga en el caso de usurpar su uso, ¿cómo no se ha de castigar con mayor rigor á los que de ella fueron despojados, ó en ellas fueron suspensos por sentencia de los tribunales?

3. Verdad es que muy frecuentemente habrá algun otro delito mezclado con esta usurpacion. Puede haber sobre todo falsificaciones de documentos, suposicion de nombres, etc. Si hay tales delitos, claro está que deben ser castigados de por sí. Mas áun cuando ninguno de ellos exista, aquel quebrantamiento solo ya lo es. Las penas con que lo castiga la ley, á saber, recargo de la suspension, arresto y multa, son, en nuestro juicio, penas análogas y proporcionadas.

Artículo 124. (Conclusion.)

«11.ª El sometido á la vigilancia de la autoridad que faltare á las reglas que debe observar, será condenado al arresto mayor.»

CONCORDANCIA.

Cód. franc.—*Art.* 45, reformado en 1822.—*Véase la Concordancia al artículo* 42.

COMENTARIO.

1. Al examinar el art. 42 de este Código, echábamos ménos una disposicion como la que contiene esta regla. Allí era, segun nuestro juicio, donde debia estar. No encontrándola allí—confesamos nuestra ligereza—creimos no encontrarla en ninguna otra parte, é hicimos una crítica quizá algo dura. Sírvanos de excusa esa falta de método en la ley que vamos comentando. ¿Por qué poner en una regla de este artículo lo que no es quebrantamiento de condena? ¿Por qué no poner con aquel precepto lo que puramente es, en verdad, un apremio para cumplirle? Por ventura ¿es infringir, es sustraerse á la vigilancia, no

adoptar un oficio, un arte, una industria, una profesion? ¿Es romper su sentencia, es escaparse de su puesto, el faltar sólo á alguna de las reglas que en tal caso se impusiesen?—Véase, pues, cómo no es aquí, sino en aquel otro punto, donde deberia hallarse ese precepto, si su objeto es—como no puede dudarse—sancionar lo prevenido en dicho artículo 42.

2. Prescindiendo de esta cuestion de órden, y concretándonos al juicio de la nueva pena, nos parece que alguna vez habrá de ser excesiva. Las reglas que diere la autoridad á sus vigilados pueden ser muy bien, y serán sin duda, de diversa importancia. Quizá la infraccion de alguna de ellas reclamará naturalmente ese arresto; pero seguro es que la de otras estaria suficientemente penada con el arresto menor. Siendo, como es, un apremio lo que se decreta, nos parece que será por lo comun excesivo el prefijado.—De cualquier modo, la ley lo ha mirado con severidad, y no deja arbitrio sino dentro de este arresto, es decir. en el espacio de uno á seis meses.

APÉNDICE AL ARTÍCULO 124.

1. El artículo que acabamos de examinar por partes, y cuyo espíritu general censuramos en el epígrafe del capítulo, nos presenta todavía algunos motivos de duda, sobre los cuales es necesario detenernos. No los hemos querido proponer en ninguna de sus reglas, porque á ninguna en particular corresponden: competia mejor hacerlo en este sitio, en que se podian resumir todas las observaciones que afectasen íntegramente á su sistema.

2. Ante todo, debemos advertir que en las once reglas que acaban de recorrerse no se impone castigo alguno al quebrantamiento de ciertas penas, como son las de arresto en sus dos clases. ¿Qué hemos de decir sobre el particular? ¿Supondrémos que ha sido olvidado, ó entenderémos más bien que la ley las omite de propósito? ¿Buscarémos analogías para hallar una correccion adecuada en este caso, ó dirémos que cuando el Código se ha abstenido de penar tal hecho, por ningun tribunal debe penarse?—En cuanto á nosotros, que no somos partidarios por regla general de este acrecentamiento de las condenas, nuestra opinion es consiguiente á tales principios: agradecemos á la ley que los haya atendido siquiera en dos casos; y no irémos á buscar argumentos de deduccion para imponer castigos semejantes, cuando, si pudiésemos, rechazaríamos los que directamente se imponen.

3. Pero no es ésta la más grave dificultad á que da ocasion el artículo 124. La que ántes que nosotros han señalado los Sres. Castro y Zúñiga, la que á nosotros nos ocurrió desde luego, la que creemos que á

todos ocurrirá, y la que no sabemos cómo se ha de resolver, es la que recae sobre los medios, sobre los trámites, sobre la autoridad que ha de imponer, y con que se han de imponer esas nuevas penas, que en el tal artículo se señalan.

4. Nuestra última ordenanza ó reglamento de presidios habia hecho objeto de disposiciones administrativas los recargos ú otras medidas á que hubiese lugar por la fuga de los condenados; y si esta disposicion está derogada en el fondo por el artículo 124 á que nos referimos, el cual establece las penas determinadas que acabamos de ver, no es tan claro ni tan terminante que esté derogada en la forma, es decir, en que sean los jefes de los establecimientos quienes de un modo gubernativo resuelvan semejantes cuestiones. Expresamente, nada se ha dicho aún, que sepamos, contra tal práctica.

5. En favor de este sistema hay autoridades numerosas. El código francés, en alguno de los artículos que hemos transcrito en las Concordancias, y el Código de 1822, en muchos, dicen que sus penas se han de aplicar sin otro requisito que el de averiguar la identidad de la persona. Aquí se excluye toda idéa de proceso y de intervencion judicial; aquí se indica un acto sumarísimo, propio solamente de autoridades gubernativas, y cuando más del Ministerio público. Si no ha de haber causa, en nada tienen que entender los tribunales.

6. Pero nuestro Código no indica ese expediente de la identificacion de la persona; nuestro Código se explica aquí como en la imposicion de cualquiera otra pena; nuestro Código—(en este particular los restantes hacen lo mismo)—decreta castigos que tienen diferentes grados, y en que, por consiguiente, cabe mayor ó menor severidad, segun las circunstancias. ¿No indica todo esto que se han de formar procesos, y que han de ser los tribunales comunes los que impongan estas agravaciones de penas?

7. Hé aqui uno de los peligros de publicarse el Código penal sin que le siga inmediatamente el de procedimientos. Este, cuando se publique, resolverá semejantes dudas. Entre tanto, el Gobierno, que está autorizado para cuanto exija el planteamiento del que nos ocupa, deberá pensar en esta grave cuestion y resolver lo que tenga ménos inconvenientes para llevarla á término.—Por lo que á nosotros toca, ya se sabe que no quisiéramos como regla general nuevas causas con motivo de los quebrantamientos—los quebrantamientos sólo—de penas que estuviesen cumpliéndose; pero tambien se sabe que, de la misma suerte, no quisiéramos nuevas penas. Sólo en los casos de las reglas 9.ª y 10.ª entendemos que hay verdaderos delitos; y en ellos, sin duda alguna, seguiríamos nuevas causas. En los restantes, nuestra opinion permanece siempre adversa al enjuiciamiento y á la penalidad: en algunos casos no vemos razones sino para una sustitucion de castigo, que podria decretarse desde la sentencia en que se impone el primero; en otros, decimos por última vez, que no es culpa de los delincuentes si el instinto de la

libertad los arrastra:—cuenta debe ser de la sociedad el impedirles que lo lleven á cabo, si vé un mal y un desórden en su cumplimiento.

8. Creemos completamente excusado el advertir que tanto habla el artículo de los sentenciados que están cumpliendo sus condenas, como de los que no han principiado todavía. Aquella palabra *sentenciados* los comprende á todos.

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LAS PENAS EN QUE INCURREN LOS QUE DURANTE UNA SENTENCIA DELINQUEN DE NUEVO.

Artículo 125.

«Los que despues de haber sido condenados por ejecutoria cometieren algun delito ó falta durante el tiempo de su condena, bien hallándose cumpliéndola, ó bien habiéndola quebrantado, serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes:

»1.ª El sentenciado á cadena perpétua que cometiere otro delito á que la ley señale la pena de cadena perpétua á muerte, será castigado con esta última.

»Si el delito en que incurriere tuviese señalada la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte, será juzgado segun las disposiciones generales de este Código.

»Si cometiere delito á que la ley señala cadena perpétua ú otra pena menor, cumplirá su primitiva condena, haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, y destinándole á los trabajos más duros y penosos.

»2.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 56, reformado en 1832. *El que habiendo sido condenado por un crímen cometiere otro nuevo..... si el segundo crímen lleva consigo la pena de trabajos forzados perpétuos, será condenado á la de muerte.*

Cód napol.—*Art.* 78. *Incurrirá en reincidencia todo el que, despues de haber sido condenado por un crímen, cometiere otro nuevo.....*

Art. 79. *El condenado por un crímen que cometa otro nuevo sufrirá una pena superior en un grado á la que haya sufrido; pero esta agravacion no podrá extenderse más que hasta la pena del ergástolo, exceptuada siempre la pena de muerte.*

Art. 80. *Cuando la agravacion lleve consigo una pena temporal, y no se haya extinguido aún la primitiva condena, se acumulará á ésta el tiempo de la nueva pena. Si por virtud de esta union resulta una pena mayor que la de cadena en cuarto grado, se impondrá al reo la pena del ergástolo, acumulando el tiempo de las dos penas.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 49. *Si el reo fugado.....* (condenado á trabajos perpétuos) *cometiere despues de su fuga otro delito á que esté señalada pena corporal menor de doce años de obras públicas, y que no le constituya en reincidencia, con arreglo al capítulo 5.° de este título, será condenado á que no pueda en su caso obtener la gracia que se expresará en el artículo* 144 (rebaja de tiempo, por razon de buena conducta) *sino despues de estar en los trabajos perpétuos los diez años que señala dicho artículo, y otro tanto tiempo más cuanto sea el de la nueva pena en que incurra; debiéndose tambien en el intermedio vigilar su conducta más estrecha y severamente. Pero en caso de reincidencia, se procederá conforme al capítulo 5.° expresado. Si el delito cometido despues de la fuga mereciere más de doce años de obras públicas, se impondrá al reo la pena de muerte.*

COMENTARIO.

1. Sobre la teoría de este artículo hemos hablado ya en el Comentario á los *números* 17 y 18 del artículo 10. Decíase en ellos que era circunstancia agravante de un delito el haber sido castigado anteriormente su autor por otro á que la ley señalase igual ó mayor pena, y que lo era tambien el ser reincidente en delitos de la misma especie ó índole. Teniendo ahora presente aquella doctrina, y descendiendo ya á las particularidades de la práctica, van á fijarse en estas reglas los distintos procederes, á que estima la ley que han de dar lugar los diversos casos de reincidencia que son posibles.

2. Insistimos nosotros, por nuestra parte, sin retractarlas ni variarlas lo mas mínimo, en las opiniones consignadas en aquel lugar; y volveríamos á decir, si necesario fuese, que tanto como la verdadera reinci-

dencia—la comision de igual género de delitos—es para nuestro ánimo una circunstancia justamente agravante, tanto la que no es de ese género—la comision de un delito heterogéneo—no nos parece que deberia merecer tal consideracion ni á los tribunales ni á los legisladores. Ni hay aquí mayor alarma, ni hay mayor empedernimiento en las carreras del crímen. El que conspira segunda vez, despues de penado la primera, acredita que es un incorregible conspirador: el que conspiró una vez y despues riñe con otro, no acredita nada que sea análogo.

3. Mas de cualquier modo, es necesario decir lo que ha de hacerse con los reincidentes de una y otra clase; y sobre todo, lo es todavía más explicarse respecto á los que delinquen mientras están cumpliendo una condena. Aunque no tuviese otro objeto el artículo que examinamos, siempre resultaria que era indispensable.

4. Vengamos ya á la primer regla que comprende, única en que nos ocupamos por este momento. Ella habla del sentenciado á cadena perpétua que delinque; y contiene tres partes ó párrafos. Primero, el del sentenciado á cadena perpétua que incurre en crímen penado del mismo modo ó con la muerte: segundo, el de igual sentenciado que incurre en crímen de cadena temporal tambien á muerte; y tercero, el de idéntica persona que comete un delito á que corresponde cadena perpétua ú otra menor. Al primero, dice la regla que se le imponga la pena de muerte; al segundo, que se le juzgue segun las disposiciones generales del Código; al tercero, que se le agrave la condena que sufre, con las mayores privaciones y trabajos más penosos que autoricen los reglamentos.

5. Este artículo no estuvo desde luego así. Tal como lo encontramos es obra de la reforma, que ha querido evitar dudas procedentes de la primitiva redaccion, y varias de las cuales habíamos indicado en este Comentario. Quizá se ha conseguido con algunas; quizá tambien no con todas.

6. Cuando la muerte se impone sola, entónces no hay cuestion, porque no habia necesidad del artículo. Al que señala tal castigo la ley—y ya hemos visto, y volveremos á ver que algunas veces lo señala,—importa poco que sea ó no sea reincidente: debe, no puede ménos de imponérsele el último suplicio.

7. Cuando la muerte se impone con la cadena perpétua, es decir, *de cadena perpétua á muerte*—(véase, por ejemplo el art. 332)—entónces la aplicacion del precepto es completa y natural. Esta cualidad del nuevo delinquimiento, de la reincidencia propia ó impropia, hace que se haya de imponer el castigo más alto de los dos en que la penalidad consiste. Es un hecho que produce el mismo resultado que las circunstancias agravantes. Entre, ó no entre, teóricamente en la esfera de éstas, causa aquí el mismo efecto, las consecuencias propias.

8. Pero la muerte y la cadena perpétua se impone tambien en union con el grado máximo de la cadena temporal; es decir, *de la cadena temporal, en su grado máximo á muerte*—(véase, por ejemplo, el

artículo 141).—¿Cuál será el derecho, en el caso de ocurrirnos una condenacion de esta clase? ¿Bastará con decir lo que nuevamente dice el artículo? ¿No habria debido decirse otra cosa? ¿No parece, segun el texto, que estos criminales serán de mejor condicion que otros cualesquiera que se hubiesen hallado en el caso que se declara? Más vale, sin embargo, este defecto que el de la dureza contraria; y por nuestra parte preferimos ésta á la antigua y primitiva disposicion, cuyos resultados podian ser sumamente duros.

Artículo 125. (Continuacion.)

«2.ª Al sentenciado á reclusion ó relegacion perpétuas, que cometiere delito á que la ley señale pena de cadena perpétua, se impondrá ésta en la forma que se prescribe en el párrafo tercero de la regla anterior.

»Si cometiere delito á que la ley señale pena de reclusion ó relegacion perpétuas, se impondrá la pena de cadena perpétua.

»3.ª El sentenciado á reclusion perpétua, que cometiere un delito á que la ley señale pena menor que las referidas en las reglas anteriores, será condenado á cadena perpétua, si la pena del nuevo delito fuere la de cadena temporal, y en otro caso cumplirá su primitiva condena, haciéndole sufrir las mayores privaciones que determinen los reglamentos.»

»4.ª . . . .

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 56, reformado en 1832.—..... *Si el segundo crímen lleva consigo la pena de reclusion, será condenado á la pena de trabajos forzados temporales, y á la marca.*

Cód. napol.—*Art.* 81. *El condenado al ergástolo, ó el que habiendo sufrido en el ergástolo una pena temporal, segun se dispone en el artículo anterior, cometa un crímen que lleve consigo el segundo grado de cadena ú otra pena mayor, será castigado con la de muerte..... Cuando el crímen lle-*

ve consigo una pena menor que la de cadena en segundo grado, el sentenciado al ergástolo quedará sometido á los rigores y penas que dispongan los reglamentos.

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 51. *Si despues de la fuga cometiere* (el sentenciado á deportacion) *otro delito de pena corporal, que no pase de doce años de obras públicas, ni sea caso de reincidencia, se le condenará otra vez á la deportacion, y además de sufrir en ella la pena de la fuga, se le destinará á los trabajos más graves del establecimiento, con proporcion á la pena del nuevo delito, y por todo el tiempo de la misma. Si el nuevo delito mereciese más de doce años de obras públicas, y ménos de trabajos perpétuos, será castigado con esta última pena; y si mereciere trabajos perpétuos, se impondrá al reo la de muerte: pero en caso de reincidencia se procederá con arreglo al capítulo 5.º de este título.*

Art. 61. *Si* (el sentenciado á reclusion) *despues de la fuga cometiere delito de pena corporal ó de infamia, que no sea de reincidencia, ni pase de diez años de obras públicas, será además condenado á éstas por todo el tiempo de la primera y segunda pena. Si el nuevo delito mereciere más de diez años de obras públicas, ó destierro perpétuo del reino, sin exceder de esta pena, se le impondrán diez años de obras públicas con deportacion despues de cumplidos. Si mereciere deportacion, sufrirá la pena de trabajos perpétuos; y si éstos, la de muerte; pero en caso de reincidencia, se observará lo dispuesto en el capítulo 5.º de este título.*

COMENTARIO.

1. El primer párrafo de la regla 2.ª dispone que si el condenado á reclusion cometiere delito á que la ley señale cadena perpétua, se le impondrá ésta con las mayores agravaciones posibles. Está eso muy bien si este segundo cástigo se impone sólo por la ley: pero ¿qué dirémos, si lo impone en union con los superiores grados de la cadena temporal? ¿Dirémos tambien que se ha de imponer la perpétua con toda la dureza que permiten los reglamentos? En lo primero, es decir, en que ha de ser la perpétua, no puede caber duda: la regla 3.ª levanta cualquier oposicion que en este punto pudiera hacerse. Mas respectivamente á lo segundo, es decir, en el particular de las agravaciones, no creemos que tambien procedan como en el anterior caso. Impídelo la proporcion, la escala, el descenso, que debe haber de unas penas á otras. Bastará con la perpetuidad de la cadena, sin echar encima esos aumentos discrecionales.—Por lo demás, este párrafo se justifica por sí mismo.

2. No nos parece otro tanto del siguiente. En éste se dispone que al recluso ó relegado que merezca otra reclusion ó relegacion (perpétuas unas y otras) se le imponga la cadena perpétua, como suma de todo.—Aquí hay varias hipótesis á la verdad; y creemos que no todas merecian la misma solucion.

3. Primer supuesto, y el más grave de todos: el recluso que incurre en otra reclusion. A nosotros—lo confesamos sinceramente—nos repugna todo tránsito de una escala de pena á otra. Esa suma de reclusiones que producen una cadena, hiere y echa por tierra toda nuestra doctrina, todos nuestros instintos penales. Lo admitirémos, cuando no se encuentre otro recurso, pero sólo en el límite en que se nos demuestre que es preciso. Ahora bien: ¿era indlspensable suponer que dos reclusiones perpétuas igualaban á una cadena del mismo género ¿No es esta segunda cantidad evidentemente mayor y más gravosa?

4. Concedamos, sin embargo, que para el recluso que incurre en otra reclusion sea necesario echar mano de la cadena. Mas ¿qué diremos cuando el relegado caiga ó incurra en reclusion? ¿Qué, cuando el recluso incurra en relegacion? ¿Qué, por último, cuando el que incurra en relegacion no sea más que relegado? Todos estos cuatro casos comprende el párrafo de la regla. ¿Quién no vé que son distintos? ¿Quién no vé todo lo que media entre el primero y el último?—Y á pesar de eso, la misma pena es la que se dicta para todos. El relegado que cae en relegacion, y el recluso que cae en reclusion, sufren un castigo igual, la cadena perpétua.

5. Necesario es que no se hubiesen detenido la Comision ni el Gobierno á considerar lo que establecian. En otro caso era imposible que lo hubiesen escrito. Tal desproporcion, tal injusticia no podian caber en sus ánimos. Para el relegado que incurre en otra igual pena era sobradamente rigurosa la reclusion: para el recluso á quien se debiera relegar, para el relegado á quien se debiera recluir, bastaria la reclusion propia con las agravaciones que permite su naturaleza.—Esto es lo que nos dice el buen sentido: lo que dice la ley es lo que ántes queda consignado.

6. Por la regla 3.ª, en lo cual nos ocupamos tambien, puede ocurrir una duda semejante á la que hemos expuesto en el número 8 del anterior Comentario. ¿Se entenderá incurso el delincuente en la pena de cadena temporal, si ésta fuese, no la pena toda, sino el máximo de la pena, viniendo unida con ella la de presidio, que es inferior? Nuestra opinion es que no se entenderia. Esta duda, como todas las análogas, la resolverémos en favor del reo, siempre que se nos presente.

Artículo 125. (Conclusion.)

«4.ª En todos los demas casos no comprendidos en las reglas anteriores, el sentenciado á cualquier pena que cometa otro delito ó falta, será condenado en la pena señalada por la ley á la nueva falta ó delito en su grado máximo; debiendo cumplir esta condena y la primitiva por el órden que en la sentencia prefije el tribunal, de conformidad con las reglas prescritas en el artículo 76 para el caso de imponerse varias penas á un mismo delincuente.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—*Art.* 56, reformado en 1832. *El que habiendo sido condenado por un crímen, cometa otro nuevo que lleve consigo la degradacion cívica, será sentenciado á la pena de exposicion pública. Si por el segundo crímen mereciere la pena de exposicion pública ó de extrañamiento, se le impondrá la de reclusion. Si el segundo crímen llevare consigo la pena de trabajos forzados temporales ó deportacion, será condenado á la de trabajos forzados perpétuos.....*

Art. 57. *El que habiendo sido condenado por un crímen, cometa un delito que merezca pena correccional, será condenado al máximo de la pena de la ley, pudiendo ésta elevarse hasta el doble.*

Art. 58. *Los que hayan sido condenados correccionalmente á más de un año de prision, serán tambien, en caso de cometer un nuevo delito, sentenciados al máximo de la pena establecida por la ley, pudiendo elevarse ésta hasta el doble; y quedarán sometidos á la especial vigilancia del Gobierno, por el tiempo de cinco á diez años.*

Cód. napol.—*Art.* 54. *El que estando sufriendo una pena sea condenado á otra de igual ó menor gravedad, continuará sufriendo su primera condena, y extinguida ésta cumplirá la segunda.—Si ésta fuere más grave que la primera, cumplirá desde luego la segunda, y extinguida que sea volverá á cumplir la ménos grave.*

Art. 82. *El sentenciado por un crímen, que cometa un delito, será castigado con el máximum de la pena impuesta al delito, la cual podrá*

extenderse hasta el doble. El reo cumplirá esta última pena á la espiracion de la primera, si todavía no estuviese extinguida.

Art. 83. *El sentenciado por un delito que cometa otro nuevo, será castigado con el máximum de la pena señalada al primero, la cual podrá extenderse hasta el doble.*

Art. 84. *Habrá reincidencia en las contravenciones cuando en los seis meses precedentes haya sido castigado el reo por otra contravencion. En este caso, el reincidente será castigado con el máximum de la pena impuesta á la última contravencion, la cual podrá extenderse hasta el doble.*

Art. 90. *La remision ó conmutacion de la pena concedida por el príncipe no quitará al favorecido el carácter de sentenciado para los efectos de la reincidencia. Por el contrario, se tendrá por agravacion para esos efectos, si en la gracia se impone esta condicion.*

Art. 91. *Toda disposicion soberana que borre una accion de la clase de crímen, ó que por medida general anule su pena, destruirá de derecho los efectos de la instruccion y de la sentencia; y el favorecido por ella, aunque despues cometa un nuevo crímen, no podrá ser considerado como reiterador ni como reincidente.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 52. *Si* (el condenado á destierro perpétuo ó extrañamiento) *despues de haber quebrantado el destierro, cometiere en España otro delito que mereza pena corporal menor de doce años de obras públicas, y que no constituya reincidencia, será deportado, con la circunstancia de que no pueda obtener en su caso la gracia del artículo 144* (rebaja por buena conducta) *sino despues de estar en la deportacion los diez años que señala dicho artículo, y otro tanto tiempo más cuanto sea el de la pena del nuevo delito; pero si éste mereciere más de doce años de obras públicas, y ménos de trabajos perpétuos, será castigado con esta última pena; y si mereciese trabajos perpétuos, se impondrá al reo la de muerte; observándose en caso de reincidencia lo dispuesto en el capítulo 5.º de este título.*

Art. 58. *Si* (los sentenciados á obras públicas) *despues de la fuga, cometieren otro delito que no sea caso de reincidencia, y á que esté señalada pena corporal de tiempo determinado, sufrirán tambien todo éste en obras públicas, en cuanto quepa en los veinte y cinco años de su mayor duracion, pero si excediere de éstos en más de ocho el tiempo de la primitiva condena junto con el del nuevo delito, sufrirán los reos diez años de obras públicas, y despues serán deportados. Si el nuevo delito mereciere pena de deportacion, se le impondrá la de trabajos perpétuos, y si ésta, la de muerte.*

Art. 72. *Si durante el quebrantamiento* (del confinamiento) *cometiere otro delito que no sea de reincidencia, se le impondrá además el máximum de la pena que éste mereciere, la cual se podrá aumentar hasta una sexta parte más.....*

Art. 73. *Si* (el condenado á destierro de un pueblo ó distrito) *dentro del recinto que le esté prohibido cometiere otro delito que no sea de reincidencia, se le impondrá además el máximum de la pena señalada al nuevo delito, la cual se podrá aumentar hasta una sexta parte más, y en todo caso cumplirá despues su destierro.....*

Art. 77. *Si despues de quebrantar.....* (el arresto) *cometiere otro delito, se le impondrá además el máximo de la pena que éste mereciere, la cual se podrá aumentar hasta una sexta parte más.*

Art. 80. *El que estando sufriendo alguna de las penas prescritas en los tres últimos artículos* (arresto, sujecion á la vigilancia, y fianza ó caucion de conducta) *ó la de infamia sola, ó la de inhabilitacion, privacion ó suspension, cometiere otro delito que no sea caso de reincidencia, sufrirá la pena respectiva al nuevo delito con el aumento de una sexta parte más, sin perjuicio de cumplir tambien la condena anterior.*

COMENTARIO.

1. Despues de haber consignado el artículo en sus tres primeros *números* ó reglas lo que ha de hacerse con el perpétuamente encadenado, el perpétuamente recluso, y el perpétuamente relegado, que delinquen de nuevo, viene á establecer ahora lo que se ha de hacer con los demás sentenciados que caen en tales nuevas culpas. Ya aquí es necesario distinguir dos casos: ó han cumplido, ó no han cumplido la primer condena. Si la han cumplido se han de regir por las reglas comunes de las circunstancias agravantes (art. 10, *números* 17 y 18); si no la han cumplido, si, ó no han comenzado todavía á cumplirla, ó la están cumpliendo de hecho, entónces es el caso de esta regla. Débeseles imponer la pena en que incurriesen en su grado máximo, y el tribunal ha de decidir cuál de las dos deberá cumplirse primero, con sujecion á las prescripciones del artículo 76.

2. Pero ¿deberá siempre irremisiblemente imponerse tal grado máximo, cualesquiera que sean las demás circunstancias que concurran en la comision del nuevo delito? ¿Se prescindirá completamente de las atenuantes que lo hayan acompañado, cualesquiera que sean, y por importancia suma que tengan éstas?—No lo creemos. Para admitir un pensamiento tan contrario al carácter de nuestro Código sería menester más determinada expresion en el artículo. Lo que juzgamos es que éste haya señalado la regla general que corresponde á la hipótesis, dejando empero sujeta su accion á los accidentes posibles, cuyo influjo ha consignado en otros lugares. La regla es que al sentenciado que delinque durante su condena se le imponga el máximo del nuevo castigo, aunque no haya circunstancias agravantes; quiere decir esto que si las hubiere atenuantes, no se bajará al mínimo, como en otros casos,

sino sólo al medio; que si las hubiere en gran número y de gran importancia, se bajará sólo al mínimo y no al grado inferior en la respectiva escala proporcional.

APÉNDICE Á ESTE ARTÍCULO 125.

1. El código napolitano—del cual hemos copiado varios artículos en nuestras Concordancias,—contiene en ellos dos disposiciones que á nosotros nos parecen muy justas, y que hubiéramos deseado ver consignadas en el nuestro. Tales son las que hacen referencia á los indultos y amnistías, respectivamente á este materia de reincidencias y nuevos delitos. El caso es no sólo posible, sino frecuente; y en el actual estado de nuestra legislacion, callando como calla sobre él el Código, puede haber lugar á graves é importantes dudas. Verdad que hubieran podido resolverse en otros puntos; pero no están resueltas en ellos, y aquí es donde sería más natural que encontrásemos consignada la oportuna resolucion.

2. ¿Qué es, en efecto, lo que se ha de tomar por base, cuando un amnistiado ó un indultado cometa un nuevo delito? ¿Ha de estimarse al antiguo como existente para las consecuencias del artículo en que nos encontramos, ha de estimársele como purgado, ó ha de estimársele, en fin, como desvanecido del todo, como si no hubiese existido jamás? Hé aquí tres suposiciones posibles, cada una de las cuales produciria diferente derecho.

3. Volvemos á decir que á nosotros nos parece racional la teoría del código napolitano; y si no como teoría del tal código, como teoría del buen sentido, no tendríamos inconveniente alguno en recomendarla y en seguirla. Tal es la de que la remision ó conmutacion de la pena concedida por el Príncipe no quita al favorecido el carácter de sentenciado para los efectos de la reincidencia ó nuevo delinquimiento; mas que por el contrario, toda disposicion soberana que borre una accion de la clase del crímen, ó que por medida general anule su pena, destruirá de derecho los efectos de la instruccion y de la sentencia, y dejará á su autor en la misma situacion en que estaria si no hubiese delinquido. Así, en el delincuente indultado se tendrá presente lo que hizo: en el amnistiado nada se habrá de recordar: para el primero habrá lugar á agravaciones; para el segundo no puede haberlas, porque ya se ha dado al olvido, á no ser que en el acto de amnistía se haga una reserva contraria.

4. Miéntras más se reflexiona sobre estas disposiciones, más justas se las encuentra, y más se desearia verlas, á ellas ó á otras semejantes, entre los artículos de nuestro Código.

TÍTULO SEXTO.

DE LA PRESCRIPCION DE LAS PENAS.

1. Al encontrar este título del Código consagrado á la prescripcion de las penas, pueden ocurrir naturalmente dos dudas capitales, á que dan lugar nuestros hábitos, y las antiguas disposiciones legislativas que desde el principio de su civilizacion han regido en nuestro país. ¡Pues qué!—podrán decir algunos—¿han de prescribir las penas?—¿Han de caducar y anularse por el tiempo las sentencias ejecutoriadas? ¿Han de quedar sin castigo crímenes judicialmente proclamados tales, sólo porque el delincuente ha tenido bastante destreza para burlar por algunos años la accion de la sociedad, ya invocada, ya ejercida contra él?—¡Pues qué!—podrán decir otros—¿no hay prescripciones de los delitos? ¿No se han de extinguir nunca las acciones criminales? ¿Ha de durar eternamente la posibilidad de una persecucion, contra quien por desgracia faltó una vez en su vida? ¿Cómo no consigna la nueva ley lo que ha sido siempre un principio de toda jurisprudencia? ¿Cómo no consagra lo que siempre tuvimos consagrado, sin ningun mal y con utilidades notorias?

2. Acerca de la primera de estas cuestiones hablarémos más adelante, en el Comentario de los particulares artículos: acerca de la segunda, dirémos algunas palabras en este lugar.

3. No creemos nosotros que ni la Comision de Códigos ni el Gobierno hayan querido proscribir la doctrina de la prescripcion de los delitos, por no haberla consignado en la ley que vamos recorriendo. Juzgamos que la han creido más propia del Código de actuacion, como que se reduce á una pérdida de acciones, y que por esa causa no la han incluido en el penal. En favor de uno y otro sistema podia haber argumentos. En nuestro juicio más peso nos harian los que tendieran á consignarla aquí; sobre todo, cuando el Código de actuacion ha de tardar en ordenarse, y cuando en el presente se han comprendido disposiciones que sin duda alguna eran propias de aquel. Mas de cualquier modo, no harémos una cuestion de este punto, ni censurarémos á los que en un problema de órden hayan opinado por lo contrario. Siempre que del silencio de esta ley no se quiera inferir que se han extinguido las prescripciones de la accion criminal, dejarémos en buen hora que se las consigne y sancione en la ley que se estime más conveniente.

4. En la cuestion en sí, en el principio, en la existencia de esta prescripcion, no puede caber ninguna duda. Reconociéndola y defendiéndola nosotros en todo tiempo, vamos á tomarnos la libertad de repetir aquí las breves consideraciones con que en otra ocasion la hemos explicado y justificado.

5. «Conocido es de todos lo que se entiende por prescripcion en materia criminal. Á semejanza de la ley civil, que reconoce la pérdida de las acciones cuando pasa cierto tiempo sin hacer uso de ellas, tambien la ley penal ha podido eximir á los criminales de toda persecucion por parte de la sociedad ó de sus individuos, cuando ha trascurrido cierto número de años sin que se entable, ó bien eximir de la pena á los acusados y áun condenados, si durante otro espacio igual no son habidos para responder ó cumplir sus condenas. La consideracion de que los efectos del delito se extinguen con el tiempo, y de que tambien por él puede perder el castigo su justicia, y más todavía su utilidad, condujeron á nuestros antepasados á admitir los principios de esa teoría, más ó ménos desenvuelta despues, y con más ó ménos perfeccion seguida y llevada á cabo en los diferentes Estados de Europa.

6. »Por nuestra parte, limitándonos á tratarla con la generalidad que es consiguiente á nuestro propósito, tenemos bastante con decir que su idéa generadora es equitativa, y que lo único que puede pedirse al establecimiento de este género de prescripciones es lo que universalmente debe pedirse á todos, á saber: la sensatez y la prudencia, la consideracion contrapesada de todos los intereses que se cruzan en la sociedad. Haya el conveniente tacto para fijar los plazos á que prescriba la acusacion ó el castigo de los delitos, y nadie repugnará que la ley conceda este favor áun á los más insignes criminales.

7. »Lo que sí repugnaria sin duda, y sublevaria contra sí los sentimientos de cualquier persona sensata, sería el sistema contrario, llevado rigorosamente á efecto. Supongamos que una persona injuriada deja pasar, no sólo el dia en que se le insultó, sino aquella semana y aquel mes, y muchas semanas y muchos meses, y que despues de años viene reclamando la reparacion de su afrenta. ¿A quién no ha de parecer esto chocante, é injusta la condena que en su razon recayese? Supongamos que un ciudadano conspiró, que varios conspiraron, que cometieron un delito formal contra el Estado, por el cual se hicieron acreedores á gravísimas penas. Pero el Estado no los condenó entónces, no hizo nada contra ellos. ¿A quién no parecerá injusto, á quién no sublevará, el que despues de trascurridos años, cuando pasaron, ó no pueden ya temerse efectos ningunos de aquel delito, se quiera perseguir á sus autores, y hacerles padecer una expiacion que en su tiempo fué muy debida?

8. »Estos ejemplos son clarísimos, y no es necesario más que el sentido comun, para decidir resueltamente sobre ellos. Otros casos podrian presentarse, que ofreciesen más dificultad, y en que no se viera

tan evidente la necesidad de una pronta prescripcion; pero no se dude que examinándolos con esmero y buena fé, encontraríamos al cabo la conveniencia de ésta, ya un poco más próxima, ya un poco más remota. Siempre encontraríamos que despues de cierto tiempo pierde la ley penal toda su saludable eficacia, quedando solo y muy aumentado lo que hay en ella de antipático y repugnante á nuestros sentimientos. Aun en el mismo órden moral advertirémos tambien que la necesidad de la expiacion se debilita por lo que hace á la esfera humana, á medida que trascurre tiempo desde el instante en que es debida. Parécenos por instinto, que así la autoridad, como todo lo que nos corresponde, es temporal y transitorio, no pudiendo ni áun nuestra justicia pasar de ciertos límites bien cortos y miserables. Cuando los hombres no castigan pronto, la conciencia humana dice que ha de reservarse á Dios la facultad de castigar. Sólo ante Éste podrán no tener lugar las consideraciones del tiempo y de la distancia.

9. »Si, pues, por una parte, la necesidad de la expiacion es mucho ménos real, mucho ménos sentida, y, por otra, falta completamente la eficacia y utilidad de los medios penales, no puede caber la menor duda en la justicia, así intrínsica como social, de la teoría de la prescripcion. Lo que sí se necesita es lo que decíamos anteriormente: una suma prudencia, un cálculo bien ordenado en los legisladores, para no precipitar ni retardar los términos oportunos. Arbitraria ha de ser sin remedio esta designacion, como lo son tantas otras no ménos importantes del derecho penal; pero aunque arbitraria, debe ser dirigida, ya por el estudio de los antecedentes que en todas las materias variables son siempre de grandísimo peso, ya por las inspiraciones de una conciencia sincera é ilustrada, que no podrá nunca dejarse de atender como la regla capital en este punto.»

10. Advertimos ahora que con las observaciones que se acaban de copiar, no sólo hemos justificado la prescripcion de los delitos, sino tambien el principio de la prescripcion de las penas. El resultado es que al examinar los artículos siguientes, apénas tendrémos, ó no tendrémos que hacer otra cosa que el observar si se han guardado esos preceptos de buen sentido y de prudencia, que son tan recomendables en todo caso, pero mucho más en las materias de suyo discrecionales y arbitrarias.

Artículo 126.

«Las penas impuestas por sentencia que cause ejecutoria, se prescriben:

»Las de muerte y cadena perpétua á los 20 años.

»Las demás penas aflictivas á los 15 años.

»Las penas correccionales á los 10 años.

»Las penas leves á los 5 años.

»El término de la prescripcion se cuenta desde que se notifique la sentencia que cause la ejecutoria en que se imponga la pena respectiva.»

Artículo 127.

«Para que tenga lugar la prescripcion se necesita que el sentenciado, durante el término de ella, no haya cometido delito alguno, ni se haya ausentado de la Península é islas adyacentes.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc. de instruccion.—*Art.* 635. *Las penas impuestas por sentencia dictada en materia criminal se prescriben por el transcurso de veinte años, contados desde la fecha de la misma sentencia.—El reo, sin embargo, no podrá residir en el departamento donde vivan el perjudicado por el crímen en su persona ó bienes, ó sus herederos directos. El gobierno podrá señalar al sentenciado el punto de su domicilio.*

Art. 636. *Las penas impuestas por sentencia dictada en materia correccional se prescriben por el transcurso de cinco años, contados desde la fecha de la sentencia dictada en última instancia.....*

Cód. napol. de procedimientos.—*Art.* 613. *Las sentencias en que se impongan las penas de muerte,* ergástolo, *y cuarto y tercer grado de cadena, no prescriben por tiempo alguno.*

Art. 614. *Las sentencias en que se impongan penas criminales, inferiores á las señaladas en el artículo anterior, se prescriben á los veinte años.*

Art. 615. *Las sentencias condenatorias de penas correccionales se prescriben por cinco años.*

Art. 616. *Las sentencias condenatorias de penas de simple policía se prescriben por un año.*

Art. 617. *Las injurias que se castigan correccionalmente y los delitos verbales se prescriben como las contravenciones. Si las injurias llevaren consigo penas de policía, se prescribirá su sentencia condenatoria por tres meses.*

Art. 618. *La prescripcion de un crímen se interrumpe por la comision de otro crímen. La prescripcion de un delito se interrumpe por la comision de un crímen ó de un delito.—El tiempo no se contará nuevamente sino desde el dia en que concluya la del último.*

Art. 620. *En el caso de prescripcion de penas criminales..... impuestas por homicidio ú otro crímen cometido contra las personas, sufrirá el reo la de destierro correccional en su grado máximo, á ménos de que las partes perjudicadas no consientan se le releve de ello.*

Cód. brasil.—*Art.* 65. *Las penas impuestas á los culpables no se prescriben por tiempo alguno.*

Cód. esp. de 1822.—*Art.* 178. *En la demanda ó proceso, sea de oficio ó por acusacion, en que se haya llegado á dar sentencia final, aunque sea en ausencia y rebeldía, no habrá lugar en tiempo alguno á prescripcion contra lo sentenciado.*

COMENTARIO.

1. Cuatro circunstancias exijen estos artículos para que se verifique la prescripcion de alguna pena. 1.ª Que la sentencia en que se impone se haya notificado. 2.ª Que haya transcurrido cierto espacio de tiempo. 3.ª Que durante él no se haya ausentado el reo de la Península é islas adyacentes. 4.ª Que tampoco durante él haya cometido delito alguno el que va ganando la prescripcion.—No se dirá por cierto que es laxo ni fácil en concederlas nuestro Código.

2. Convenimos plenamente en la primera de las cuatro circunstancias, siempre que la ley que ha de establecer la prescripcion de las acciones criminales deje alguna posibilidad de salud para los que se sustraen al procedimiento que contra ellos se sigue. No sería equitativo que el que evita la pena despues de notificado pudiese prescribirla, y que no pudiese de ningun modo hacerlo aquel que la evita desde ántes que le notifiquen.

3. Respecto á todos los demas puntos, sin negar la fuerza de la ley, debemos decir que la juzgamos demasiado dura.

4. Diez años para *todas* las penas correccionales, nos parece un plazo desmedido. Diez años para un arresto, para un destierro corto, para una reprension, para una multa, se nos figura un espacio desproporcionado.—¿Qué dirémos, aún, de los diez años para una pena leve, para la que se impone por una mera falta?

5. El código francés, y sobre todo el napolitano, han estado mucho

más prudentes en esta materia. Los artículos 615, 616 y 617 de este último nos parecen modelos que hubieran podido muy bien imitarse, cuando no copiarse. Lo que nuestro Código ha escrito tiene el mayor defecto que cabe en una ley: el defecto de que no se ejecutará.

6. Dura nos parece igualmente la condicion de no ausentarse el reo, en todo el lapso del término, de la Península é islas adyacentes. ¿Por qué? Si le llevaban fuera de la nacion sus verdaderos negocios, ¿por qué ha de imposibilitarle absolutamente esta circunstancia para que adquiera aquel señalado beneficio? Señalárase cuando más un plazo mayor, pero no se le irrogará semejante daño. Y si por ventura fué ocasionada la ausencia por el deseo de escapar al castigo, ¿no ha sido tambien uno, y muy real, ese destierro, y no es digno de que se le tome en consideracion, cuando no para extinguir, á lo ménos para modificar la sentencia ejecutoriada?

7. Por último, la interrupcion que *todo* delito produce en la prescripcion pendiente, si bien es admisible en principio, nos parece que se deberia modificar segun la importancia respectiva del antiguo y del nuevo. Delitos son acciones muy graves, y delitos son hechos sumamente leves. El igualarles para estos efectos no lo estimamos ni prudente ni oportuno.

8. La verdad es que, con las condiciones que se han adoptado, será un caso novelesco y punto ménos que milagroso aquel en que se verifique la prescripcion de una pena. Si era esto lo que se deseaba, de seguro se habrá conseguido el fin. Pero casi tanto valia entónces haber copiado el art. 65 del código brasileño, ó el 178 del nuestro de 1822.

EPÍLOGO DEL LIBRO PRIMERO.

1. Hemos concluido la síntesis de nuestro nuevo derecho penal, la explicacion de su parte científica y artística. Hemos examinado las doctrinas fundamentales en que se asienta, el órden con que las concibe y las aplica, en cada série de hechos, á cada categoría de personas, bajo el influjo de cada género de circunstancias. Hemos discurrido sobre el delito y sus accidentes; sobre la responsabilidad y sus diversas índoles; sobre la penalidad en todos sus aspectos, sobre su duracion, sobre su ejecucion, sobre las consecuencias que producen. Toda la parte suprema, genérica, trascendental del Código, está conocida y juzgada por este libro que terminamos. Fáltanos sólo el análisis de los diferentes delitos, con la designacion de las penas que á cada uno corresponden. Tenemos, pues, la ciencia y el arte; nos queda por ver, como materia de los libros siguientes, las distintas séries de hechos á que esa ciencia y ese arte se han de aplicar en el uso de nuestro foro.

2. Podemos, pues, confirmar ya desde este instante lo que decíamos

en nuestro discurso preliminar. Podemos asegurar, con conocimiento de causa, que la nueva ley que poseemos, es una preciosa conquista, en cuyo disfrute y goce entramos al cabo. Producto de la civilizacion de treinta siglos, no ha de ruborizarse por ella la razon humana, que la ha concebido y ordenado en largas y concienzudas meditaciones.

3. Los mayores problemas de la legislacion penal, todo lo que en esta esfera puede llamarse permanente, está ya resuelto en nuestro primer libro. Lo que queda es lo variable, segun las circunstancias que dominen. Hasta los límites donde ha llegado la ciencia, llega seguramente aquel; y los grandes principios que ésta ha proclamado, aquel los reconoce, los consagra y los sanciona. En ninguno de sus puntos capitales hemos tenido que protestar, ni en nombre de la humanidad, ni en nombre de la justicia, contra sus preceptos.

4. Si bajando de esta línea á disposiciones de menor importancia no es tan absoluta nuestra aprobacion, no es tan constantemente general y uniforme la perfeccion apetecida, si pueden señalarse algunos lunares á esta obra, considérese, en primer lugar, que lo es humana y de muchos ingenios, y téngase presente las dificultades para acertar, y los elementos de error que debian influir en sus detalles. Aun así, son comparativamente leves y escasas nuestras censuras. Y ¿quién nos puede asegurar, despues de todo, que no seamos nosotros los que hayamos errado, ora en la inteligencia, ora en el juicio de las disposiciones legales?—Cuestiones de este género, por cualquier parte que esté la razon, no rebajan á un Código del alto lugar en que le colocan sus fundamentales aciertos, y la filosofía y la prudencia que en general le inspiran y le distinguen. No exijamos á las obras de los hombres una perfeccion que sólo es propia de las divinas, y que áun nuestra débil vista no alcanza muchas veces á descubrir en ellas.

5. La verdad es que si hemos tenido respecto á otras naciones la desventaja de rectificar más tarde nuestro derecho penal, en cambio lo hemos conseguido más ordenado y filosófico que ninguna. Nuestros artículos no desmerecen por lo general en la comparacion con sus concordantes, y puntos hay, y de gran interés, en que evidentemente llevan á todos ventaja y delantera. En la teoría del delito no somos inferiores á ninguna otra legislacion: la teoría de la penalidad es más completa y mejor entendida que en todas las que hemos citado.

6. Pero no nos detengamos más en este ligerísimo epílogo. Si quisiéramos hacer un resúmen de lo que hemos consignado en las anteriores páginas, tal propósito nos arrastraria á dilaciones inútiles y fatigosas. Basta con estas pocas palabras, que han caido naturalmente de nuestra pluma, para marcar el punto á donde hemos llegado, y como un breve respiro para seguir con igual aliento lo que nos queda de nuestra tarea.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

ÍNDICE

DE ESTE TOMO PRIMERO.



Páginas.